

LE PARTAGE D'ASCENDANT CONJONCTIF

Étude critique de Jurisprudence

PAR

M. Maurice BILLEY

Avocat stagiaire près la Cour d'Appel de Besançon

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue le mardi 13 mars 1928 à 14 heures

PRÉSIDENT : M. J. HEMARD, *professeur.*

SUFFRAGANTS : M. RIPERT, *professeur.*

— M. Maurice PICARD, *professeur.*

BESANÇON

IMPRIMERIE JACQUES ET DEMONTROND

29, rue Claude Pouillet, 29

1928

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LE PARTAGE D'ASCENDANT CONJONCTIF

Étude critique de Jurisprudence

PAR

M. Maurice BILLEY

Avocat stagiaire près la Cour d'Appel de Besançon

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue le mardi 13 mars 1928 à 14 heures

~~~~~  
PRÉSIDENT : M. J. HEMARD, *professeur.*

SUFFRAGANTS : M. RIPERT, *professeur.*

— M. Maurice PICARD, *professeur.*

---

BESANÇON  
IMPRIMERIE JACQUES ET DEMONTROND

29, rue Claude Pouillet, 29

—  
1928

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*



## INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

---

### I. OUVRAGES ET REVUES CONSULTÉS

- AMIAUD et DEYZAC, *Traité formulaire des partages et liquidations et des partages d'ascendant*. Un volume, Paris, Journal des Notaires, 1923, *passim*. Vo Partage d'ascendant.
- D'ANDRÉ, *Du partage d'ascendant en Droit français*. Thèse, Paris, 1860, pages 121 à 125.
- AUBRY et RAU, *Cours de Droit civil français*, 5<sup>e</sup> édition 1919, t. XI revu par M. Martin, paragraphes 731 à 734, pages 621 à 623 et *passim*.
- AUROUX DES POMMIERS, *Commentaire des coutumes de Bourbonnais*, seconde édition à Riom en 1780, sur l'article 216.
- BAUDRY-LACANTINERIE et divers collaborateurs, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, 3<sup>e</sup> édition, Paris, 1905, *passim*, et notamment t. II, chapitre 7, n<sup>os</sup> 3473, 3544, 3581 à 3616, 3715 et suiv., 3723, 3733, 3758 et suiv.
- BONNET, *Traité théorique et pratique des partages d'ascendant*. Paris, 1874, deux volumes in-8, t. I<sup>er</sup>, n<sup>os</sup> 248 à 258, 270 à 276, 367, 389 à 393 ; t. II, n<sup>os</sup> 658 à 663.
- Bulletin de la Société d'études législatives*, t. V, 1906, pp. 146 à 149, note de M. GIRAUD.
- CHAUVIN, *Etude sur le partage d'ascendant*. Thèse, Poitiers, 1910, pp. 79 à 109, 151 à 161 et *passim*.
- COCHE, *De l'action en nullité ou en rescision des donations dans les partages d'ascendant*. Thèse, Paris, 1892, pp. 163 à 165.
- COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit civil français*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, 1921, t. III, pp. 823 et 824, 932 et 933, 948, et *passim* dans les deux autres tomes.
- CONS, *Les actions de l'article 1079 du Code civil*. Thèse, Paris, 1910, pp. 118 à 127.
- DALLOZ, *Nouveau Code civil annoté*. Paris, t. II, 1901, art. 1079, n<sup>os</sup> 165 à 196, art. 1097, n<sup>os</sup> 19 à 30 ; t. III, 1903, art. 1453, n<sup>os</sup> 20 à 41.

- DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de Doctrine et de Jurisprudence* (J. G.). Nouvelle édition, Paris, 1852, t. XIII, V<sup>o</sup> Contrat de mariage, *passim*, Paris, 1856, t. XVI, V<sup>o</sup> Dispositions entre vifs et testamentaires, *passim*, et supplément au répertoire ci-dessus (J. G. S.), *passim* aux mêmes V<sup>is</sup>.
- DALLOZ, *Répertoire pratique de législation, de Doctrine et de Jurisprudence*, *passim* et notamment : t. II, Paris, 1911, V<sup>o</sup> Communauté entre époux, n<sup>os</sup> 357 à 390 ; t. IV, Paris, 1912, V<sup>o</sup> Dispositions à titre gratuit ; t. V, Paris, 1913, V<sup>o</sup> Enregistrement ; t. VII, Paris, 1915, V<sup>o</sup> Legs, n<sup>os</sup> 385 et suiv. ; t. VIII, Paris, 1920, V<sup>o</sup> Partage d'ascendant, et supplément, Paris, 1927.
- DEMOLOMBE, t. XXIII (t. VI du *Traité des donations entre vifs et des testaments*), Paris, 1866, *passim* et notamment n<sup>os</sup> 80 à 90 *bis* inclus.
- DEVISMES, *Des partages d'ascendant en droit français*. Thèse, Paris, 1900, *passim* et notamment pp. 117 à 124, 151 et 152, 192 et 193, 244 à 252.
- FURGOLE, *Traité des testaments*. A Paris, chez Jean de Nully, en 1745, chapitre 2, section I, n<sup>os</sup> 30 et suiv. ; chapitre 8, section I, n<sup>o</sup> 160.
- FUZIER-HERMAN, *Répertoire général alphabétique du droit français* (Carpentier et Frèrejouan du Saint), t. XXIX, Paris, 1902, V<sup>o</sup> Partage d'ascendant.
- GUILLOUARD, V<sup>o</sup> Contrat de mariage, t. II.
- HUGUES, *De la réversion d'usufruit et de rente viagère dans les partages d'ascendant*. Thèse, Paris, 1927.
- KLUYSKENS, *Le partage d'ascendant conjonctif*, article à la Belgique Judiciaire, n<sup>o</sup> 17 du 27 avril 1919, colonnes 561 à 579.
- MAGUÉRO, *Traité alphabétique des droits d'enregistrement*, 2<sup>e</sup> édition, t. III, V<sup>o</sup> Partage d'ascendant et V<sup>o</sup> Réversion.
- DE MASFRAND, *Des partages d'ascendant entre vifs*. Thèse, Bordeaux, 1884, *passim*.
- NALTET, *Le legs de la chose d'autrui*. Thèse, Paris, 1922, *passim*.
- Pandectes Belges*, volume 73, V<sup>o</sup> Partage d'ascendant, *passim*.
- PICOT D'ALIGNY, *Des partages d'ascendant en Droit romain, dans l'ancien droit et dans la législation actuelle*. Thèse, Paris, 1869, pp. 192 à 200.
- PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil français*, 5<sup>e</sup> édition, Paris, 1910, t. III.
- RÉQUIER, *Traité théorique et pratique des partages d'ascendant*, Paris, 1868.
- Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. V, 1854, pp. 117 et suiv.
- Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, t. XVIII, 1877, pp. 405 à 423 : Les biens dotaux et les biens dépendant d'une communauté peuvent-ils être compris dans les partages d'ascendant ?



*Revue pratique de Droit français*, t. V, 1858, I : Héan, pp. 560 à 568 : Les partages d'ascendant faits cumulativement par les père et mère peuvent-ils être attaqués après le décès du premier mourant et avant celui du survivant ? T. X, 1860, 2, pp. 455 à 510. BAUBY : *De la donation réciproque entre époux pendant le mariage* et suite au t. II, pp. 69 à 101, t. XLII, 1876, 2, Touzaud, pp. 94 à 105.

*Revue trimestrielle de Droit civil*, *passim* et notamment : t. IX, 1910, p. 670 ; t. XXIII, 1924, pp. 1027 et pp. 1028 à 1031.

DE RIDDER, *Du partage d'ascendant au point de vue des droits d'enregistrement*. Thèse, Paris, 1889, *passim*.

SIMONIN, *De la réforme des partages d'ascendant*. Thèse, Dijon, 1926.

TRÉCA, *Des donations mutuelles entre époux faites par le même acte accessoirement à un contrat principal*. Thèse, Paris, 1904.

## II. — ARRÊTS CONCERNANT LE PARTAGE D'ASCENDANT CONJONCTIF

NOTA. — 1<sup>o</sup> Tous les arrêts cités au cours de la thèse, non plus que tous ceux qui ont été examinés avec intérêt par son auteur, ne sont pas ici mentionnés. On ne cite que les principaux, et notamment les plus récents.

2<sup>o</sup> L'absence de référence d'une décision dans un des recueils usuels ne signifie pas que cette décision n'y est pas rapportée, car cet index n'a pas la prétention d'être complet.

| Date                                                                                                            | Nom des parties                                                        | Dalloz     | Sirey      | Gaz. Pal.  | Divers                              |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------|------------|------------|------------|-------------------------------------|
| <b>Cour de Cassation. Chambre Civile</b>                                                                        |                                                                        |            |            |            |                                     |
| Civ. 19 c. 1859                                                                                                 | Lasserre contre Ré-gimbeau                                             | 59.1.494   | 60.1.423   |            |                                     |
| Civ. 23 déc. 1861, 63.2.159. S. 63.2.66                                                                         | Sainthérand, 62.1.31, 62.1.29 et sur renvoi Orléans 5 juin 1862. D. P. |            |            |            |                                     |
| Civ. 7 janv. 1863                                                                                               | Céby                                                                   | 63.1.226   | 63.1.121   |            |                                     |
| Civ. 29 août 1864                                                                                               | Lagardère                                                              | 64.1.345   | 64.1.433   |            |                                     |
| Civ. 14 nov. 1865                                                                                               | Dauthuille                                                             | 66.1.110   | 66.1.123   |            |                                     |
| Civ. 29 janv. 1866                                                                                              | Boillet c/Cossard                                                      | 66.1.65    | 66.1.149   |            |                                     |
| Civ. 18 juin 1867                                                                                               | Boisset                                                                | 67.1.274   | 67.1.297   |            |                                     |
| Civ. 26 juill. 1869                                                                                             | Vigneron                                                               | 69.1.476   |            |            |                                     |
| Civ. 27 juill. 1874, 75.1.366. D. P. 77.1.171. S. 75.2.43, puis Civ. 26 déc. 1876. D. P. 77.1.171. S. 77.1.153. | Malbec c/Sarrus, 75.1.64 et sur renvoi Bordeaux 28 avril 1875.         | 75.1.64    |            |            |                                     |
| Civ. 7 mars 1876                                                                                                | Matisse                                                                | 76.1.310   |            |            | J. E. 19.993. Instr. 2546, parag. 9 |
| Civ. 15 mai 1876                                                                                                | Pérès                                                                  | 76.1.322   | 76.1.420   |            |                                     |
| Civ. 6 mai 1879                                                                                                 | Dubois                                                                 | 79.1.241   | 79.1.429   |            | J. N. 22.102                        |
| Civ. 19 janv. 1881                                                                                              | Gelly                                                                  | 81.1.181   | 81.1.108   |            |                                     |
| Civ. 24 janv. 1894                                                                                              | Damonville                                                             |            | 94.1.288   |            |                                     |
| Civ. 27 mars 1905                                                                                               | Odde de la Tour du Villard                                             | 1907.1.39  | 1906.1.242 |            | R. E. 2826                          |
| Civ. 25 fév. 1925                                                                                               | Legros c/Hamard                                                        | 1925.1.185 | 1925.1.68  | 1925.1.750 |                                     |

**Cour de Cassation. Chambre des Requêtes**

|                                |                         |            |            |          |                                              |
|--------------------------------|-------------------------|------------|------------|----------|----------------------------------------------|
| Req. 1 <sup>er</sup> mars 1830 | Legnat                  | 30.1.142   |            |          |                                              |
| Req. 1 <sup>er</sup> mars 1831 | Laurent                 | 31.1.80    |            |          | J. G. V° Dispos.<br>entre vifs, n°<br>187-2° |
| Req. 18 août 1847              | Lefranc c/Leroux        | 47.1.366   | 48.1.230   |          |                                              |
| Req. 5 fév. 1850               | Watrin                  | 50.1.97    | 50.1.337   |          |                                              |
| Req. 29 avril 1851             | Leyraud                 | 52.1.25    | 51.1.329   |          |                                              |
| Req. 26 mars 1855              | Laurent                 | 55.1.63    | 55.1.355   |          |                                              |
| Req. 18 avril 1864             | Bouthenaud-<br>Grandpré | 64.1.209   | 66.1.174   |          |                                              |
| Req. 2 janv. 1867              | Gladieux                | 67.1.110   | 67.1.60    |          |                                              |
| Req. 31 juill. 1867            | Dalençon                | 68.1.209   | 68.1.36    |          |                                              |
| Req. 30 mars 1868              | Prud'homme              | 69.1.106   | 68.1.456   |          |                                              |
| Req. 25 fév. 1878              | Pinton                  | 78.1.449   | 81.1.73    |          |                                              |
| Req. 16 nov. 1885              | Delon                   | 86.1.395   | 86.1.454   |          |                                              |
| Req. 25 fév. 1890              | Brouillat               | 90.1.345   | 90.1.207   | 90.1.418 | Pand. 90.1.313                               |
| Req. 10 fév. 1896              | Soubrenié               | 96.1.559   | 1900.1.511 | 96.1.641 | Pand. 98.1.30                                |
| Req. 29 oct. 1900              | Rougé c/Riveslange      | 1901.1.217 |            |          | Pand.<br>1902.1.193                          |

**Cours et Tribunaux**

|                                            |                          |          |          |  |                                    |
|--------------------------------------------|--------------------------|----------|----------|--|------------------------------------|
| Bordeaux, 4 janv. 1827                     | Ardouin                  | 27.2.113 |          |  | J. G. V° Disp.<br>vifs, n° 4651-1° |
| Bourges, 18 août 1840                      | Fradet                   | 41.2.211 |          |  |                                    |
| Caen, 3 mars 1843                          | Varin                    | 43.2.163 |          |  |                                    |
| Trib. Auch, 9 avr. 1845                    | Mothe                    | 45.4.221 |          |  |                                    |
| Besançon, 16 janv. 1846                    | Bidot                    | 47.2.127 | 47.2.267 |  |                                    |
| Trib. Château-Thierry,<br>18 avr. 1846     |                          | 47.3.222 |          |  | J. N. 12819. J.<br>E. 14132.       |
| Trib. Vitry-le-François,<br>6 janv. 1847   | Marguet                  | 47.3.207 |          |  | J. N. 13166 J.<br>E. 14244         |
| Paris, 23 juin 1849                        | Horiot                   | 50.2.10  | 49.2.554 |  |                                    |
| Caen, 18 fév. 1850                         | Adam c/Youf              | 50.2.162 | 50.2.508 |  |                                    |
| Agen, 28 mai 1850                          | Rossignol                | 51.2.8   | 51.2.177 |  |                                    |
| Bordeaux, 5 juin 1850                      | Laubier c/Féneron        | 52.2.132 |          |  | Pand. 52.1.449                     |
| Bordeaux, 8 août 1850                      | Pintaud-Bourde-<br>lière | 51.2.143 | 51.2.86  |  |                                    |
| Amiens, 10 nov. 1853                       | Digeon                   | 54.2.92  | 53.2.690 |  |                                    |
| Bourges, 14 août 1855                      | Demay                    |          | 56.2.413 |  |                                    |
| Douai, 29 août 1855                        | Beglin c/Riverois        | 56.2.39  | 55.2.739 |  |                                    |
| Agen, 17 nov. 1856                         | Pujos                    | 56.2.297 | 57.2.662 |  |                                    |
| Agen, 21 nov. 1860                         | Vigne                    | 61.2.34  | 63.1.439 |  |                                    |
| Poitiers, 20 fév. 1861                     | Cosset                   | 61.2.93  | 61.2.465 |  |                                    |
| Angers, 25 janv. 1862                      | Billod c/Lucas           | 62.2.36  |          |  |                                    |
| Toulouse, 22 mai 1863                      | Daran                    | 63.2.78  |          |  |                                    |
| Caen, 15 juin 1863                         | Renard c/Tusson          |          | 64.2.293 |  | J. G. S. V° Disp.<br>vifs n° 1133  |
| Agen, 20 avril 1864                        | De Péret                 | 64.2.109 | 64.2.92  |  |                                    |
| Angoulême, 9 mai 1864                      |                          |          |          |  | J. N. 22.789                       |
| Agen, 1 <sup>er</sup> juin 1864            | Escabasse                | 64.2.183 | 64.2.330 |  |                                    |
| Agen, 11 janv. 1865                        | Cantarel                 | 65.2.30  |          |  |                                    |
| Nîmes, 16 déc. 1865                        | Porte                    | 66.5.332 | 66.2.216 |  |                                    |
| Angers, 13 mars 1867                       | Ravé c/Gaignard          | 67.2.214 | 68.2.273 |  |                                    |
| Bordeaux, 20 mars 1867                     |                          |          |          |  | J. N. 1867.49.010                  |
| Bordeaux, 16 mai 1870                      | Daisson                  | 71.2.247 | 71.2.89  |  |                                    |
| Montpellier, 6 mars 1871                   | Cabanès                  | 71.2.252 |          |  |                                    |
| Angers, 3 mars 1871                        | Gasse                    | 71.2.203 | 71.2.243 |  |                                    |
| Douai, 7 déc. 1871                         | Lesaffre                 | 73.2.212 | 73.2.305 |  |                                    |
| Trib. Reims, 1 <sup>er</sup> févr.<br>1873 | Moine                    | 74.5.218 |          |  | J. N. 20.719                       |



|                                      |                   |            |            |                                                                |
|--------------------------------------|-------------------|------------|------------|----------------------------------------------------------------|
| Caen, 9 juin 1874                    | Léger             | 76.2.33    | 76.2.233   | Pand. 86.2.310                                                 |
| Bordeaux, 17 déc. 1875               | Laborde           | 77.2.211   |            |                                                                |
| Bordeaux, 8 mai 1878                 | Eyquem            | 79.2.183   |            |                                                                |
| Angers, 18 déc. 1878                 | Guyard            | 79.2.172   | 79.2.322   |                                                                |
| Poitiers, 9 mai 1883                 | Mounereau         | 84.2.29    |            |                                                                |
| Poitiers, 16 août 1883               | Belliard          | 84.2.133   |            |                                                                |
| Toulouse, 31 déc. 1883               | Touzac            | 84.2.81    | 84.2.113   | 84.1.661                                                       |
| Trib. Saint-Palais,<br>17 avril 1886 | Lopé              |            |            | J. G. Dalloz V°<br>Enregistrement<br>n° 2073<br>Pand. 86.2.310 |
| Paris, 24 juin 1886                  | Fréchu            |            |            | 86.2.230                                                       |
| Bordeaux, 3 juin 1887                | Linarès           | 88.2.125   |            |                                                                |
| Nancy, 11 juin 1887                  | Mangeot           | 88.2.183   | 1903.2.265 | 87.2.505                                                       |
| Nîmes, 24 octobre 1888               | Théraud           |            | 89.2.13    | Pand. 89.1.100                                                 |
| Riom, 29 octobre 1888                | Citon c/Martin    | 90.2.330   |            |                                                                |
| Poitiers, 8 mars 1892                | Baudrouet-Méchain | 93.2.548   | 92.1.504   |                                                                |
| Bourges, 18 juill. 1892              | Devallenciennes   | 92.2.609   |            |                                                                |
| Montpellier, 27 fév. 1893            | Bouysson          | 94.2.303   | 95.2.142   |                                                                |
| Besançon, 10 mars 1897               | Billot            |            | 99.2.169   |                                                                |
| Montpellier, 19 déc. 1897            | Vialles           |            | 99.2.110   |                                                                |
| Paris, 23 juill. 1900                | Marasquin         | 1900.2.492 | 1903.2.265 | Pand.<br>1901.2.127                                            |
| Trib. Quimper, 9 août<br>1900        | Le Goff           | 1902.5.308 |            | Rép. Prat. En-<br>reg. 10138                                   |
| Trib. Orthez, 10 déc.<br>1901        | Latour            | 1902.5.309 |            | Rep. Pr. Enr.<br>1013                                          |
| Poitiers, 9 fév. 1903                | Du Pavillon       |            | 1903.2.113 |                                                                |
| Besançon, 2 mars 1904                |                   |            | 1904.1.475 |                                                                |
| Trib. Poitiers, 25 nov.<br>1904      | Champdavoine      | 1907.2.51  |            | R. E. 3792                                                     |
| Grenoble, 1 <sup>er</sup> avr. 1908  | Bobichon          | 1909.2.220 |            |                                                                |
| Caen, 13 mai 1925                    | Hébert            |            |            | R. Not. 1925,<br>n° 21.108.                                    |

### III. ARTICLES DU CODE CIVIL ET NUMÉROS DE LA THÈSE QUI S'Y RÉFÈRENT

|           |                                         |           |                                                                   |
|-----------|-----------------------------------------|-----------|-------------------------------------------------------------------|
| Art. 6    | Nos 120                                 | Art. 1094 | 43, 145                                                           |
| Art. 204  | 212                                     | Art. 1097 | 7, 35 à 52, 145, 233, 239,<br>260, 272, 364                       |
| Art. 337  | 188                                     |           |                                                                   |
| Art. 461  | 113                                     | Art. 1114 | 106, 299                                                          |
| Art. 466  | 199 à 208                               | Art. 1130 | 97, 127, 286                                                      |
| Art. 504  | 161                                     | Art. 1172 | 47, 118                                                           |
| Art. 511  | 164 et 165, 218 et 219                  | Art. 1227 | 118                                                               |
| Art. 747  | 266 et suiv., 271                       | Art. 1338 | 94                                                                |
| Art. 780  | 204                                     | Art. 1401 | 273, 274                                                          |
| Art. 791  | 40                                      | Art. 1422 | 21 à 24, 90 à 97, 212, 216,<br>218, 219                           |
| Art. 815  | 99, 143, 207, 245, 248                  |           |                                                                   |
| Art. 840  | 199 à 208                               | Art. 1437 | 240                                                               |
| Art. 851  | 212                                     | Art. 1438 | 73, 109, 231                                                      |
| Art. 882  | 326                                     | Art. 1439 | 219                                                               |
| Art. 883  | 110, 266                                | Art. 1453 | 18, 94, 96, 136, 167, 172,<br>174 et 175, 183 à 193,<br>224 à 228 |
| Art. 894  | 18 à 20                                 |           |                                                                   |
| Art. 900  | 45, 47, 118, 120, 141, 260              | Art. 1522 | 168 à 175                                                         |
| Art. 904  | 147, 160                                | Art. 1524 | 168 à 175                                                         |
| Art. 920  | 312 et 313                              | Art. 1525 | 168 à 175                                                         |
| Art. 935  | 195 à 198                               | Art. 1555 | 212, 218                                                          |
| Art. 943  | 18, 19                                  | Art. 1556 | 212                                                               |
| Art. 944  | 18, 20, 174, 185 à 190                  | Art. 1558 | 205                                                               |
| Art. 951  | 263, 265 et suiv., 272                  | Art. 1560 | 315                                                               |
| Art. 955  | 256                                     | Art. 1973 | 50                                                                |
| Art. 968  | 11, 86, 89, 130 à 138, 146,<br>248, 362 | Art. 2044 | 207                                                               |
| Art. 1021 | 89, 114, 117, 121, 126, 133,<br>279     |           |                                                                   |



Digitized by the Internet Archive  
in 2026



# LE PARTAGE D'ASCENDANT CONJONCTIF

---

## INTRODUCTION

---

1. — Dans leurs études relatives au partage d'ascendant, les auteurs supposent que la disposition dont ils traitent émane d'un seul ascendant. Sans doute, cette supposition est-elle plus commode, est-elle indispensable pour la clarté de développements dont la portée est générale. Mais elle a l'inconvénient de n'être pas toujours d'accord avec la réalité des faits. Il est et reste fréquent que deux époux profitent ensemble de la faculté de l'article 1075 du Code civil. Plus grave est le tort qu'ont ces mêmes auteurs de faire abstraction du mariage de l'ascendant quand il est seul à répartir anticipativement ses biens. Ils font oublier à leurs lecteurs, surtout aux étudiants dont l'attention n'a pas encore été attirée par la pratique, que l'auteur du partage anticipé n'est pas un célibataire, mais nécessairement une personne mariée ou qui l'a été, sauf le cas très spécial et rare de distribution entre plusieurs enfants naturels.

On ne trouve que de temps à autre, à l'état sporadique, dans les traités et dans les notes des répertoires judiciaires, quelques lignes relatives à la dualité d'auteurs du partage anticipé ou aux conséquences du mariage de l'ascendant et notamment du régime matrimonial auquel il s'est soumis. Et ces passages pourraient faire croire, par la manière dont ils sont présentés, que ce dont ils s'occupent est un phénomène exceptionnel et anormal. Tandis que le partage d'ascendant en général est l'objet d'une abondante littérature (1)

(1) Quarante-cinq thèses de Doctorat environ ont été soutenues sur ce sujet, tant à la Faculté de Paris que dans les Facultés de province, et il existe de nombreux ouvrages spéciaux au partage anticipé.

et qu'il a provoqué de nombreuses décisions de justice, on n'a peut-être pas prêté une attention suffisante à la répercussion que peut avoir sur lui le concours de deux époux se réunissant pour le passer. S'il reste quelquefois sans influence sur l'acte, ce concours lui apporte souvent des caractères nouveaux et le modifie si sensiblement au fond qu'il prend figure d'institution particulière se séparant plus ou moins nettement du partage d'ascendant ordinaire, avec un nouvel aspect, sous lequel il répond à la dénomination spéciale de partage d'ascendant conjonctif.

2. — De tout temps, la pratique notariale a connu le partage d'ascendant conjonctif. Les tribunaux ont eu dès lors automatiquement à s'occuper de lui, mais en ont-ils bien soupçonné le caractère particulier ? Quant à la Doctrine, quelle a été son attitude à cet égard ? C'est son rôle d'étudier à fond le partage d'ascendant conjonctif, de le mettre en relief, de délimiter son domaine exact, de dégager ses règles propres, de déduire aussi les conséquences jusqu'ici inaperçues de l'idée de conjonctivité. Si elle n'en prend pas la peine, la Jurisprudence ne le fera pas, elle qui, de par sa fonction, ne saurait avoir qu'une vue fragmentaire et préciser un point de temps à autre au hasard des questions qui lui sont soumises. Or, jusqu'à ces derniers temps, les auteurs se contentaient de citer les décisions judiciaires en les résumant, avec approbation ou critique sommaires, sans jamais y ajouter aucuns commentaires personnels originaux ni essayer de dégager ce que peuvent avoir de particulier certains partages d'ascendant faits par deux époux. Aujourd'hui, il semble qu'un mouvement se dessine qui tend à mettre en lumière le partage d'ascendant conjonctif en en ébauchant une théorie spéciale.

En 1910, M. Chauvin, au cours de sa thèse sur le partage d'ascendant en général (1), consacre une quarantaine de pages aux problèmes qui naissent de la dualité d'auteurs du partage anticipé. Il esquisse un exposé systématique de la conjonctivité, mais pour la combattre et l'étouffer en critiquant les quelques arrêts qui en annoncent le germe, et pour

(1) Poitiers, 1910.



tenter de démontrer qu'elle ne doit avoir aucune influence juridique sur le fond du partage d'ascendant, mais seulement sur sa forme et sur le point de départ des actions intentées contre lui.

En 1919, Me A. Kluyskens, avocat près la Cour d'appel de Gand, dans une excellente étude parue à la *Belgique Judiciaire* (1), a groupé les règles particulières au partage d'ascendant conjonctif en les isolant des règles relatives au partage d'ascendant ordinaire, ce qui n'avait pas encore été essayé avant lui. Malheureusement cet auteur ne s'arrête qu'à deux questions : les clauses de réversibilité et les actions de l'article 1079 du Code civil. Et surtout, ce qui est plus regrettable que le caractère partiel de son examen, sa doctrine de la conjonctivité du partage d'ascendant ne paraît pas très ferme : il fait de nombreuses incursions dans le domaine du partage anticipé offrant bien la dualité d'auteurs mais sans répercussion sur son fond ni sur sa nature intime.

En 1922-1923, M. Hémard, dans un cours de Doctorat à la Faculté de Droit de Paris, a consacré une leçon au partage d'ascendant collectif.

Si ce mouvement réussit, cent vingt-cinq ans ou presque après le Code civil, à faire prendre place dans le domaine du Droit à une institution à laquelle on ne reconnaissait jusqu'alors ni vie propre ni droit de cité, ce sera une preuve typique que le Droit est encore à même, sans loi nouvelle, sans changement de jurisprudence, sans modification de l'état social, de se développer, de se compléter et même de se découvrir, en approfondissant simplement ses données actuelles, en mettant en lumière tout à coup un point encore inaperçu qui existait d'une façon latente.

3. — Un coup d'œil rapide sur l'ancien droit permettra de constater la pratique et la licéité du partage d'ascendant conjonctif autrefois comme aujourd'hui, mais aussi la carence presque complète de renseignements sur lui. L'impression se dégage nettement qu'à cette époque notre institution était connue, était même de pratique courante, mais qu'elle n'intéressait que peu les théoriciens.

(1) Fascicule du 27 avril 1919, n° 17, colonnes 561 à 579 inclus.

Cinq coutumes au moins prévoient et autorisent expressément le partage d'ascendant fait conjointement par le père et la mère dans un même acte, ou par le survivant d'eux sur l'ensemble du patrimoine familial :

1<sup>o</sup> La coutume de Douai, chapitre II, article 39 : *Père et mère ou l'un d'eux peuvent de leurs biens fiefs et héritages faire partage division à tous leurs enfans, ainsi que bon leur semble et ce faisant avancher plus l'un que l'autre, lequel partage les dits enfans sont tenus entretenir; et si peuvent grand-père et grande mère faire pareil partage à leurs nepveux et nièpces, et par le trépas d'iceux lesdits enfans sont saisis des parties à eux assignées et les relèvent sans autre œuvre de legs ou lization.* Le début de cet article tel qu'il est rédigé permet de déduire que le cas le plus courant et le plus normal était le partage d'ascendant fait par les deux époux et non celui qui n'était fait que par un seul.

2<sup>o</sup> La coutume de Nivernais, article 17, du titre des successions. permet même au survivant de faire le partage d'ascendant conjonctif : *Partage ou assignation faite par père. mère ou l'un d'eux (1), ladite mère autorisée de son mary, et aussi par le survivant d'eux, de ses biens entre leurs enfans, ou par autre de ses biens entre ses proches héritiers capables à lui succéder ad intestat (sic) tient et vaut...*, etc. Guy Coquille dans son commentaire de cet article explique que le partage d'ascendant conjonctif fait par le survivant ne vaut pas de lui-même, mais est efficace au moyen d'une clause pénale (2).

3<sup>o</sup> La coutume de Bourgogne admet la validité du partage d'ascendant conjonctif fait par le survivant, directement sans clause pénale, car elle reconnaît au prémourant le droit de

(1) Rédaction analogue à celle de la coutume de Douai, et même remarque.

(2) « Cette disposition vaut obliquement car, si le testateur a eu soin d'imposer à ses héritiers une clause pénale, l'héritier qui voudra partager la succession maternelle selon son bon plaisir devra se contenter de sa légitime en la succession du père. » Et ailleurs, d'une manière plus explicite : « Si, la mère étant décédée sans disposer entre ses enfans, le père survivant s'avise de faire partage entre eux tant des biens paternels que maternels, il est certain que la disposition ne vaut pas directement pour la succession maternelle jà eschue, mais obliquement et à l'instar de fidéicommis. La disposition du père devra estre entretenue comme s'ensuit : c'est à sçavoir que les enfans voulant avoir la succession entière de leur mère pour la partager à leur volonté se contenteront de la légitime en la succession de leur père, ou bien qu'ils observent la volonté de leur père, car le testateur comme par voye de fidéicommis peut disposer des biens propres de celui qui doit estre son héritier, et le fidéicommis est valable qui enjoint de communiquer les biens et droits avec un autre, »



confier au survivant le pouvoir de faire le partage en bloc (1). Deux arrêts du Parlement de Dijon des 29 juillet 1594 et 17 décembre 1641 (2) autorisent même le père à faire le partage des biens de sa femme aussi bien que des siens propres entre ses enfants, et la mère à faire le partage des biens de son mari, parce que si les enfants veulent être héritiers de leurs père et mère qui ont ainsi disposé, il faut qu'ils exécutent la volonté du disposant. C'est la même argumentation que celle de Guy Coquille.

4° La coutume de Bourbonnais, article 216 : *Le père et la femme autorisée, ou la mère après le trépas de son mari et usant de ses droits, peuvent durant leur vie jusqu'à quarante jours avant leur trépas partir et diviser leurs biens meubles et immeubles entre leurs dits enfans, soient en puissance ou non, et tient et vaut telle disposition et partage...*, etc. Dans cette coutume donc, la possibilité de faire un partage d'ascendant conjonctif est accordée au survivant même quand c'est la mère, et sans qu'il soit besoin de délégation par le père prémourant, ni de clause pénale pour en assurer l'efficacité. Auroux des Pommiers, dans son commentaire dudit article, écrit que les père et mère peuvent faire ce partage d'ascendant conjointement ou séparément, et cite à l'appui une note de Dumoulin sur l'article 216 dont s'agit.

5° Enfin, la coutume de Bretagne, article 560 : *Le père noble, pourvu de sens, pourra, par l'avis et conseil de quatre parens de ses enfans, deux paternels et deux maternels, partager ses dits enfans de son vivant... Et s'il veut partager ses enfans aux biens de leur mère, le pourra faire, elle vivante et consentante, et non autrement.* Ici, le partage d'ascendant conjonctif n'est donc pas permis au survivant des époux.

Pour conclure à l'existence et à la validité du partage d'ascendant conjonctif dans l'ancien droit comme aujourd'hui, il faut savoir en outre s'il est licite aux époux : d'une part de composer les lots indifféremment de biens paternels ou de biens maternels, et d'autre part de comprendre dans leur partage d'ascendant commun les biens de leur communauté.

Sur le premier point, le Président Duret, à propos de la

(1) Davot, t. III, page 182. Melenet, t. I, page 338.

(2) Dictionnaire des arrêts de Pierre Jacques Brillou, édit. 1727, t. V, page 83.

révocation du partage d'ascendant fait par les deux époux, s'occupe du cas où le lot d'un enfant est composé dans une proportion infime de biens du père mais où les biens de la mère le complètent, de sorte qu'il soit égal aux autres lots (1). Et rien ne laisse supposer dans le texte que ce cas soit anormal. A défaut de preuve certaine et formelle, ce passage constitue une forte présomption.

Sur le second point, trois preuves au moins permettent de répondre par l'affirmative d'une manière plus catégorique :

Le même Président Duret admet en propres termes la régularité du partage anticipé unique prévu par l'article 216 de la coutume de Bourbonnais, *quoique le père et la mère soient communs en tous biens* (2). Ils peuvent donc y comprendre les biens de leur communauté. On ne trouve du reste aucune trace de discussion doctrinale ou de divergences jurisprudentielles quelconques à propos de la validité du partage d'ascendant comprenant les effets de communauté. Si la chose avait été seulement douteuse ou contestée, les auteurs nous en auraient conservé la mémoire dans leurs ouvrages. Enfin, dans les pays de coutumes à l'exception de la Bretagne, l'ascendant qui faisait le partage anticipé de ses biens par acte entre vifs devait y comprendre la totalité des biens qu'il possédait lors de sa disposition, sinon l'acte perdait son caractère de partage d'ascendant favorisé, et n'était qu'une donation prohibée. La raison en était que cet abandon étant un règlement de succession devait être universel comme la succession elle-même et porter sur l'intégralité de la fortune. La majorité des ascendants étant communs en biens, s'ils n'avaient pu comprendre les biens de leur communauté dans leurs partages anticipés, comme d'autre part ils devaient y comprendre l'intégralité de leurs patrimoines, les époux en adoptant le régime de communauté se seraient interdit le partage anticipé. Il était en quelque sorte encore plus nécessaire qu'aujourd'hui de permettre la compréhension des biens de communauté dans les partages d'ascendant, puis-

(1) ... *uni ex filiis assignatum sit modicum ex paternis, et eidem suffectum esset ex maternis adeo ut omnes liberi conjunctis utriusque facultatibus in æqualitatem concurrerent...*

(2) D'après Auroux des Pommiers, qui le cite en le traduisant et déclare l'approuver pleinement.



que aujourd'hui si la chose était impossible, les époux auraient la ressource de faire un acte valable sur leurs seuls propres. Et c'est même dans cette règle qu'il faut voir probablement l'origine du partage d'ascendant conjonctif. Si un époux voulait répartir anticipativement sa succession durant la communauté, il devait à peine de nullité y comprendre ses droits dans celle-ci qui faisaient partie de son patrimoine. De là, étant donné que ces droits étaient indivis avec son conjoint, l'idée très naturelle de faire intervenir ce dernier à l'acte en même temps que lui.

4. — Le partage d'ascendant conjonctif pouvait être passé sous seings privés, comme le partage d'ascendant ordinaire, mais à la condition comme lui d'être olographe. Auroux des Pommiers (1) indique comment devaient procéder les époux qui faisaient ce partage *conjunctim* : chacun écrivait entièrement de sa main une copie de l'acte, et signait en outre celle de son conjoint ; on obtenait ainsi un exemplaire olographe du père et un exemplaire olographe de la mère, tous deux revêtus des signatures des deux époux.

L'article 77 de l'ordonnance de 1735 a maintenu par exception la validité du testament conjonctif pour parvenir au partage d'ascendant par les deux époux dans un seul et même acte.

5. — Pour être allotis, les descendants devaient être héritiers présomptifs des deux époux à la fois. S'il se trouvait au nombre des donataires un enfant d'un seul époux, l'acte ne perdait pas seulement comme aujourd'hui son caractère de partage d'ascendant, mais sa validité. Le partage anticipé entre enfants était en effet dispensé des formes de la donation ordinaire ; s'il était consenti au profit d'autres que des descendants héritiers présomptifs, l'acte passé dans les formes simplifiées des partages d'ascendant et qui n'en était pas un devenait nul comme donation irrégulière.

6. — Le partage d'ascendant d'un seul époux était révocable comme toute disposition à cause de mort, à moins que

(1) Commentaire de l'article 216 de la coutume de Bourbonnais, n° 18,

son auteur n'ait en outre fait de son vivant la tradition réelle et mis les enfants en possession des biens partagés, sous la simple réserve d'une pension.

Le partage d'ascendant conjonctif au contraire, émanant du concours de volonté des deux époux, ne pouvait être révoqué que par leur consentement mutuel. Il en résultait qu'après le décès de l'un de ceux-ci, l'acte devenait absolument irrévocable (1). Cependant le Président Duret ne partageait pas cette opinion. A son avis, chaque époux conservait toujours la faculté de révoquer pour sa part propre, même après le décès de son conjoint, sauf dans un cas : si le lot d'un enfant, quoique de valeur égale à celle des autres lots, était composé très inégalement de biens paternels et de biens maternels (2). Il n'était plus alors loisible au survivant, qui avait fourni de ses biens la presque totalité du lot, de révoquer pour sa propre part, car cette révocation aurait été excessive et injuste. Duret ne parle pas du cas contraire où le lot d'un des enfants n'offrirait au survivant qui entend révoquer qu'une portion infime de ses biens.

7. — Ainsi le partage d'ascendant conjonctif n'est pas une institution de formation récente, greffée sur le partage anticipé depuis la nouvelle réglementation de celui-ci par le Code civil. Il était pratiqué avant le Code ; il a continué de l'être après lui, mais en subissant les mêmes vicissitudes que le partage anticipé ordinaire. D'abord très courant comme lui après 1804, il a vu son usage s'amplifier sans cesse jusqu'au milieu du siècle dernier. A cette époque, les procès nombreux dont on trouve trace dans tous les recueils, et surtout peut-être l'incertitude de la Doctrine par suite des discussions et divergences jurisprudentielles, ont ralenti sa pratique dans des proportions importantes jusqu'à ce que les décisions judiciaires se précisent dans leurs principes et diminuent dans leur nombre aux environs de 1890 et 1900. Depuis, il a repris

(1) Semin : ... *utroque vivente et notificata revocantis voluntate alteri..* Jean Decullant : ... *non potest ab uno clam revocari, et debet alteri nuntiare ; quod si unus illorum obierit, nulla facta renuntiatione, non potest superstes revocare....* Menudel : *Tunc divisio facta favore liberorum a duobus, non potest immutari ab uno solo.* Et Auroux des Pommiers, qui les cite, approuve ces auteurs.

(2) Texte cité plus haut, n° 3 : ... *assignatum sit modicum ex paternis...*

sa faveur comme le partage anticipé ordinaire et surtout la donation-partage.

Mais ce qui plus gravement encore a contrarié son essor est la nullité prononcée par la Jurisprudence d'une clause qui, bien que ne lui étant pas essentielle, constitue en pratique son accessoire indispensable : la réversibilité au profit du survivant des donateurs soit de l'usufruit, soit de la rente viagère stipulés lors de l'abandon des biens. Un arrêt de 1853 (1) a ouvert la controverse qui s'est prolongée avec une acuité et une durée considérables. L'opinion favorable à la validité a maintenu pendant trente ans ses positions (2). La Cour de cassation, réitérant ses arrêts précédents, a affirmé avec fermeté la nullité par un arrêt du 19 janvier 1881 (3) qui eut de profondes répercussions. Le notariat notamment s'en émut fort. Toute donation importante devenait impraticable et le partage d'ascendant conjonctif surtout devenait la plupart du temps impossible de la part des époux dont le survivant ne pouvait s'assurer les ressources viagères à lui indispensables. Le 26 octobre suivant, l'Assemblée des notaires de France proposa d'ajouter à l'article 1097 du Code civil, sur lequel la Cour de cassation se basait pour prononcer la nullité, un second alinéa permettant la clause de réversibilité au profit du survivant des donateurs. Le 30 novembre de la même année, elle conseillait dans une circulaire aux notaires, pour éviter la nullité, de stipuler une réserve simple d'usufruit avec conversion en une pension alimentaire au décès du conjoint. Le 3 octobre 1883, un notaire, M<sup>e</sup> Renault, proposait un autre paragraphe additionnel à l'article 1097 dans une pétition qui, après rapport favorable de M. Plesnier à la Chambre des Députés (4) fut renvoyée au Garde des sceaux en l'invitant à présenter un projet de loi dans ce sens. Mais le Conseil d'Etat émit un avis de rejet les 15 et

(1) Amiens, 10 novembre, aff. Digeon, D. P., 54, 2, 92, S. 53, 2, 690. Voir à l'index bibliographique le tableau des références dans les divers recueils usuels, dans le cas où un arrêt n'est cité au cours de la thèse qu'avec l'indication d'une seule référence.

(2) Poitiers, 20 février 1861. S. 61, 2, 466, aff. Cosset. Metz, 18 juin 1863, S. 63, 2, 211, aff. Hitter. Nîmes, 16 décembre 1865. S. 66, 2, 216, aff. Porte. Nancy, 6 mars 1879, aff. Gelly.

(3) Chambre Civile, aff. Gelly, D. P., 81, 1, 181, S. 81, 1, 108.

(4) *Journal officiel* du 1<sup>er</sup> mars 1884, page 582.



17 avril 1886 (1). La pratique a peu à peu pris son parti de cet état de choses ; elle continue de stipuler des clauses de réversibilité, et dès lors le partage d'ascendant conjonctif demeure en fait réalisable, quoique avec une grande fragilité. La jurisprudence en effet n'a pas varié ainsi que l'indique un arrêt de Caen du 13 mai 1925 (2).

8. — Pendant ce temps, la technique notariale évoluait elle aussi, mais dans un sens de perfectionnement et d'affermissement continus. Elle cherche d'abord et tâtonne. La première moitié du *xix<sup>e</sup>* siècle est l'époque des actes les plus divers et bizarres ; partages provisionnels de la communauté préalables au partage anticipé, que ce partage provisionnel soit effectué entre vifs (3) ou par le testament d'un seul époux (4), testament-partage global (5), testament d'un époux ratifiant l'acte entre vifs effectué par son conjoint ou par lui-même. Outre qu'elle est diverse, cette technique est hésitante. En ce qui concerne par exemple le procédé d'acceptation alternative par les deux parents, qui est unanimement pratiqué à l'heure actuelle, Ancelot (6), en 1847, tout en en admettant en théorie la régularité, estime plus prudent en pratique d'appeler un autre ascendant ou un tuteur *ad hoc* pour éviter tout cumul de qualités. Ce n'est qu'à la longue que la technique devient de plus en plus ferme, de plus en plus simple aussi et de plus en plus uniforme.

9. — On conçoit très bien du reste ces hésitations de la technique quand on remarque que le Code, comme les anciens textes législatifs, est muet sur le partage d'ascendant conjonctif, et l'on en saisit les causes dans l'évolution parallèle de la jurisprudence. Etant donné ce silence en effet, de nombreuses questions devaient se poser à propos de notre institution selon un développement qu'il est intéressant de suivre.

(1) *Rev. not.* n<sup>os</sup> 7429 et 7430, J. N. 23.789.

(2) *Rev. not.* 1925, n<sup>o</sup> 21.108, aff. Hébert. Thèse Hugues, Paris, 1927, pages 22 et suivantes.

(3) Aff. Barbier contre Cailliers, Douai, 10 février 1828. D. P., 28, 2, 165. J. G. V<sup>o</sup> contrat de mariage, n<sup>o</sup> 1702.

(4) En 1844, aff. Dupont contre Dodé, Civ., 13 nov. 1849. D. P., 49, 1, 311.

(5) En 1844, aussi, aff. Pintaud-Bourdélière contre Cambois, Bordeaux, 9 août 1850. D. P., 51, 2, 143.

(6) Annotateur de Grenier, *Traité des donations et testaments*, t. III, 4<sup>e</sup> édition.

En premier lieu, ces questions elles-mêmes n'apparaissent que les unes après les autres, et dans un ordre d'importance et de généralité décroissantes. C'est d'abord la validité de la donation entre vifs faite de concert par les deux époux sur les biens de communauté ; posée vers 1840 (1), elle est vivement débattue vers 1850 pour être tranchée définitivement en 1867 (2). La validité du procédé d'acceptation alternative par l'un et l'autre des donateurs au nom des enfants mineurs est agitée entre 1846 (3) et 1861 (4). Un peu plus tard les Tribunaux s'aperçoivent de l'indivisibilité qui caractérise au fond le partage d'ascendant conjonctif et discutent aux environs de 1860 (5) son application au point de départ des actions de l'article 1079 du Code civil, ainsi qu'au droit de révocation attribué comme sanction au survivant des époux en cas d'attaque dirigée de son vivant contre le partage d'ascendant conjonctif, puis, sensiblement plus tard, postérieurement à 1875, son application à l'estimation des biens répartis (6). C'est à la même époque le problème du droit de retour en présence de la conjonctivité (7), et en 1883 celui des récompenses qui peuvent naître entre époux d'un partage d'ascendant conjonctif. Divers arrêts énoncent ensuite la fiction qu'impose l'indivisibilité de l'acte lorsqu'il y a lieu de l'apprécier du chef d'un seul donateur (8). Enfin, vers 1890 et 1900, se dégage et s'affirme l'opposabilité du caractère conjonctif aux tiers (9).

On remarque aussitôt l'évolution très nette dans le sens d'une envergure de plus en plus étroite des questions dont

(1) Aff. Fradet, Bourges, 10 août 1840. D. P., 41, 2, 211.

(2) Aff. Dalençon, Req., 31 juillet. D. P., 68, 1, 209.

(3) Aff. Bidot, Besançon, 16 janvier. D. P. 47, 2, 127.

(4) Aff. Cosset, Poitiers, 20 février. D. P., 61, 2, 93. S., 61, 2, 465.

(5) Aff. Pujos, Agen, 17 novembre 1856. S. 57, 2, 662. Aff. de Péret, Agen, 20 avril 1864, S. 64, 2, 92.

(6) Arrêt de Bordeaux, 28 avril 1875, dans l'aff. Malbec. Civ. 15 mai 1876. D. P., 76, 1, 322. S., 76, 1, 420, aff. Pérès, Civ., 26 décembre 1876. D. P., 77, 1, 171, S. 77, 1, 153, aff. Malbec. Bordeaux, 8 mai 1878. D. P., 79, 2, 182, aff. Eyquem.

(7) Trois arrêts d'Angers de 1867, aff. Ravé, 1871, aff. Gasse, et 1878, aff. Guyard. Nîmes 24 octobre 1888. S., 89, 2, 13, aff. Théraud.

(8) Bordeaux, 20 mars 1867. *J. Not.* 1867, 19,010. Poitiers, 16 août 1883. D. P., 84, 2, 133, aff. Belliard. Poitiers, 9 février 1903. *Gaz. Pal.* 1903, 2, 113, aff. du Pavillon.

(9) Nîmes, 24 octobre 1888, aff. Théraud. S., 89, 2, 13. Bourges, 18 juillet 1892, aff. Devallencienne. D. P., 92, 2, 609. Poitiers, 9 février 1903, aff. du Pavillon précitée. Besançon, 2 mars 1904. *Gaz. Pal.*, 1904, 1, 475.

les tribunaux sont successivement saisis. Elles sont de plus en plus précises et de plus en plus approfondies. Une fois tranché le problème capital de la validité de l'opération, ce sont les conséquences et les points accessoires sur lesquels il s'agit de statuer. En second lieu et surtout, les tendances de la Jurisprudence se révèlent de plus en plus favorables à notre institution ; l'esprit qui dicte ses solutions est d'une libéralité croissante. Elle accueille le partage d'ascendant conjonctif avec un domaine d'application de plus en plus vaste et des conditions de plus en plus souples. Un arrêt récent de la Cour de cassation (1) manifeste à nouveau cette tendance, en admettant la réalisation d'un partage conjonctif par le procédé testamentaire.

Ce qui permet de constater le triomphe devant les tribunaux d'une *conception purement objective du partage d'ascendant conjonctif*, qui fonde l'individualité de celui-ci sur son indivisibilité foncière, indivisibilité qu'elle transforme en caractère primordial, en l'élevant au rang de critère. On peut en effet se faire une toute autre conception de notre institution en voyant son élément caractéristique dans la dualité de ses auteurs ; c'est la limiter alors au seul partage anticipé fait de concert par deux époux, donc au moyen d'un acte entre vifs en raison de la prohibition du testament conjonctif par l'article 968 du Code civil. Son domaine subit une triple restriction, puisqu'il n'est plus question ni du procédé testamentaire, ni de l'acte émanant d'un seul époux ou du survivant, ni même d'un critère pour le circonscrire. Mais dans un autre sens il s'amplifie en embrassant tout ce qui découle de la dualité d'auteurs, avec ou sans répercussion sur l'acte juridique. Il semble bien que cette seconde conception soit celle de la Doctrine. Nous lui préférons la première, parce qu'elle individualise plus nettement le partage d'ascendant conjonctif du partage anticipé ordinaire en le séparant par une spécialité foncière et non pas en le présentant comme une simple variété de forme. Elle est donc davantage de nature à mettre en lumière l'originalité du partage d'ascendant conjonctif et à suggérer à la Jurisprudence la méthode de fonder

(1) Civ., 25 février 1925, aff. Legros contre Hamard. D. P., 1925, 1, 185. S., 1925, 1, 68.



sur la notion même de conjonctivité du partage anticipé ses solutions jusqu'à présent éparses et de les développer en s'inspirant d'un système qu'elle paraît n'avoir encore qu'imparfaitement soupçonné. Cette idée lui permettra de régler avec plus d'ensemble et de logique les cas soumis à l'avenir à son examen. Car tout ce qui a trait au partage d'ascendant conjonctif est loin d'avoir été tranché par les tribunaux. L'évolution des questions plus haut signalée doit normalement se poursuivre.

Et cependant le mouvement en semble interrompu. *La jurisprudence relative à notre institution n'est pas récente.* Au besoin que le lecteur veuille bien se reporter à l'index bibliographique ci-dessous. A part l'arrêt de la Chambre civile du 25 février 1925 et celui de Caen du 13 mai suivant, les décisions intéressantes cessent aux environs de 1900. La question sommeille pour ainsi dire, inerte depuis le début du siècle.

10. — Le but d'une monographie sur le partage d'ascendant conjonctif n'est donc ni d'orienter la question, ni d'influer sur sa solution, mais de révéler son existence à l'état latent. A supposer que les répertoires soient les premiers à présenter au lecteur le partage d'ascendant conjonctif, leur méthode serait de grouper sous une rubrique spéciale les diverses remarques des auteurs et le sommaire des décisions de justice actuellement encore éparses, qu'a suscité le caractère conjonctif du partage anticipé. Cette compilation demeurerait malgré tout fragmentaire. Elle faciliterait le travail matériel du chercheur ; elle ne le renseignerait pas utilement, puisqu'elle ne lui apporterait rien de plus que ce qu'il pourrait trouver de lui-même.

Tout autre est notre dessein. Cette étude essaiera de signaler en un aperçu rapide, mais par un essai de synthèse, les points par lesquels le partage d'ascendant conjonctif se distingue du partage d'ascendant ordinaire ; d'examiner l'influence de la conjonctivité en partant de cette notion même et non en la contournant, en établissant par déduction ses conséquences et non en les constatant ; d'indiquer les règles nouvelles et les caractères nouveaux qui en résultent.

Pour ce faire, le plan général sera aussi simple que possible ;

on étudiera le partage d'ascendant conjonctif sous trois points de vue différents : son domaine d'application et sa validité ; puis ses conditions d'existence, de validité et d'efficacité ; enfin ses effets. Chacune de ces idées sera l'objet d'un livre distinct.

---

## LIVRE PREMIER

### VALIDITÉ, NOTION ET DOMAINE D'APPLICATION DU PARTAGE D'ASCENDANT CONJONCTIF

---

#### NOTIONS PRÉLIMINAIRES

11. — L'article 1075 du Code civil permet au père, à la mère et aux autres ascendants de faire entre leurs descendants le partage anticipé de leurs biens. Rien ne s'oppose en droit ni en raison à ce que deux ou plusieurs des personnes à qui cette faculté est accordée par la loi se réunissent pour l'exercer dans un seul et même acte instrumentaire ; à la condition toutefois que la nature de l'acte instrumentaire choisi permette à deux stipulants de se joindre pour le passer en même temps. Or, le partage anticipé est réalisable par deux procédés : par un acte entre vifs ou par un testament. Aucun texte ni aucun principe juridique ne limite le nombre des auteurs d'une même donation entre vifs. La donation-partage est donc à la portée de ceux qui veulent se réunir dans un seul acte instrumentaire. Au contraire, l'article 968 du Code civil pose un principe fondamental en ce qui concerne les dispositions de dernières volontés : *un testament distinct pour chaque testateur*. Deux individus font un acte nul s'ils disposent par un seul acte testamentaire souscrit par eux deux de biens quels qu'ils soient. Et c'est une règle d'ordre public, qu'il est impossible d'éluder (1) par quelque combinaison que ce soit. Il en était autrement dans l'ancien droit ; l'article 77

(1) Civ., 18 janvier 1858, D. P., 58, 1, 24, aff. Moreau contre Dumaitre,



de l'ordonnance de 1735 autorisait par exception le testament conjonctif pour parvenir au partage anticipé (*supra* n<sup>o</sup> 4 *in fine*).

12. — La réunion de deux ou plusieurs ascendants pour procéder à une identique opération dans le même acte instrumentaire, mais sur des biens distincts, n'influe pas *nécessairement* sur le caractère de l'opération elle-même. Deux ou plusieurs partages anticipés peuvent être accolés en la forme et rester distincts et indépendants au fond. Si les donataires sont les mêmes pour les deux donateurs, le lot que reçoit chaque donataire est composé de deux portions distinctes et indépendantes, fournies chacune par un des donateurs. L'attributaire du lot ne connaît de liens de droit relativement à cette portion qu'avec celui des donateurs dont il la tient.

Quelquefois cependant, les partages anticipés exprimés par un acte instrumentaire unique sont si connexes entre eux qu'ils constituent un seul acte juridique. Si chaque ascendant n'a pas pris soin de distinguer sa disposition personnelle ; s'il ne s'est pas appliqué à mettre dans chaque lot une égale quantité de ses biens ; si la manière dont les donateurs ont effectué la répartition des effets transmis à titre gratuit par eux tous révèle qu'ils n'ont pas attaché d'importance à leur pluralité de provenance, et que pour les répartir ils les ont considérés comme ne devant composer qu'une succession unique, non seulement le bon sens, mais le droit et l'équité interdisent d'envisager séparément chaque partage anticipé : les liens de droit relatifs à la part de chaque donataire existent obligatoirement entre ce donataire et tous les donateurs, faute d'en pouvoir logiquement et équitablement départager l'écheveau. A l'acte instrumentaire unique correspond un acte juridique unique.

*De cette unité des liens de droit en présence de la pluralité des ascendants donateurs et de l'identité des descendants copartageants* naissent un certain nombre de questions d'ordre juridique ou d'ordre pratique qui communiquent à l'opération en ce cas le caractère d'une institution particulière. Tant qu'il ne s'agit en effet que d'une juxtaposition en la forme de divers partages anticipés, il n'est soulevé aucune question différente de celles qui se posent à propos de l'insti-

tution en général quant à l'analyse de l'opération ou à sa validité. Ces questions apparaissent avec la fusion intime des deux actes en un seul, notamment celle du pouvoir des ascendants donateurs, car deux individus, dont chacun a le droit de transmettre et partager anticipativement sa succession, n'ont peut-être pas celui de confondre leurs biens pour les donner et partager en une seule masse, même au profit d'identiques personnes.

13. — Terminologie. On a coutume d'appeler les partages d'ascendant, non pas seulement juxtaposés en la forme, mais connexes au fond : *Partages d'ascendant conjoints*, *Partage d'ascendant conjonctif*, *Partage d'ascendant cumulatif* ou *Partage d'ascendant collectif*. La clarté des développements exige qu'on choisisse une fois pour toutes entre ces diverses dénominations. L'expression *Partages d'ascendant conjoints* semble préférable pour désigner les partages anticipés qui n'ont d'autre relation entre eux que d'être constatés par un seul acte instrumentaire, car, outre que le pluriel laisse supposer par définition la pluralité des opérations, le mot *conjoints* n'implique pas d'interdépendance : exemple : légataires conjoints, débiteurs conjoints opposés à débiteurs solidaires. Les termes *cumulatif* et *collectif* font penser plutôt à un groupement de choses qui conservent leur individualité qu'à la fusion de deux opérations en une seule. L'expression *partage d'ascendant conjonctif* apparaît comme étant la meilleure, d'autant plus que le substantif *conjonctivité* permet de désigner clairement le caractère d'un partage anticipé qui est conjonctif, tandis que l'adjectif cumulatif n'a pas de substantif correspondant et que le mot *collectivité* prête à équivoque.

14. — L'impossibilité de scinder les deux actes juridiques dans le même acte instrumentaire suppose que les donateurs sont les mêmes pour l'un et l'autre des ascendants. Or, quels ascendants ont les mêmes héritiers présomptifs si ce n'est deux époux dont l'union a donné naissance à des enfants ? En pratique, ce sont donc surtout des époux qui se réunissent pour faire ensemble dans un même acte instrumentaire le partage anticipé de leurs fortunes, et surtout

lorsqu'à l'unité de l'acte instrumentaire répond celle de l'acte juridique y contenu.

Cette étude n'envisagera que le seul partage d'ascendant conjonctif fait par deux époux, laissant de côté les autres variétés, d'ailleurs fort rares, telles que le partage anticipé fait à la fois par le grand-père et son fils unique entre les descendants de ce dernier.

---



## TITRE PREMIER

### VALIDITÉ ET DESCRIPTION

---

#### CHAPITRE PREMIER

##### Validité de la disposition elle-même

---

15. — Deux époux agissant de concert font certainement un acte licite en transmettant à leurs descendants communs à titre de partage anticipé les biens leur appartenant à l'un et à l'autre, mais *dont chacun d'eux a la libre disposition exclusive*. Quels sont ces biens ?

Sous le régime de séparation de biens et sous celui d'exclusion de communauté, ce sont tous les effets des époux puisque le mari et la femme peuvent individuellement disposer à titre gratuit de leurs biens respectifs, sauf à la femme à obtenir l'autorisation de son mari.

Sous le régime dotal sans société d'acquêts adjointe, le mari dispose librement de tous ses biens et la femme de tous ses paraphernaux ; ils ont entière licence de les réunir.

Sous les deux premiers de ces régimes, les produits du travail personnel de la femme et les économies en provenant, qu'on groupe sous le nom de biens réservés, lui appartiennent en propre ; sous le régime dotal, ils deviennent paraphernaux. De toutes manières, ils ne se distinguent pas des propres de la femme quant à la disposition à titre gratuit.

Sous le régime de communauté, légale ou réduite aux acquêts, les époux peuvent certainement réunir leurs propres

pour n'en former qu'une seule masse à donner et répartir sans distinction d'origine entre les enfants communs.

Enfin, sous le régime de communauté légale, sous celui de communauté réduite aux acquêts et sous le régime dotal avec société d'acquêts, les biens réservés de la femme entrent encore en toute validité sans doute possible dans le partage d'ascendant conjonctif. Leur nature est hybride ; ils font partie de l'actif commun mais sont soustraits à l'administration du mari ; la femme, pour en disposer à titre gratuit, n'a besoin que de l'autorisation du mari et non de son concours comme donateur ; ils sont de ce chef assimilés à des propres maternels.

16. — Ces diverses catégories de biens ne sont pas les seules que puissent posséder des époux. Il en est encore deux autres dont chaque conjoint n'a pas la libre disposition exclusive : les biens dotaux et ceux qui dépendent de la communauté conjugale, qu'elle soit légale, réduite aux acquêts ou adjointe au régime dotal. Il est de jurisprudence constante que l'inaliénabilité dotale s'applique au partage anticipé aussi bien qu'à toute autre disposition à titre gratuit. Le concours des époux reste impuissant à en disposer licitement, au profit des enfants communs comme de quiconque. Aucune difficulté n'existe sur ce point. Quant aux biens de communauté, au contraire, la réponse n'est pas si aisée. La régularité de leur compréhension dans la donation-partage commune des époux a été vivement contestée, mais à une époque déjà lointaine, vers le milieu du siècle dernier, et depuis longtemps la jurisprudence s'est fixée dans le sens de la validité ; la majorité des auteurs se rallie en outre à cette opinion (1). Sans compter de nombreuses décisions qui reconnaissent implicitement cette validité, deux arrêts de la Chambre des requêtes la formulent en termes exprès en 1850 (2) et en 1867 (3). La Chambre civile n'a jamais été appelée à trancher directement la question. Dans la suite, plusieurs arrêts de

(1) Aubry et Rau, 4<sup>e</sup> édit., t. V, paragr. 509, note 14, page 328. Demolombe, t. XXIII, n<sup>o</sup> 83. Guillouard, t. II, n<sup>o</sup> 702. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, t. I, n<sup>o</sup> 674. Colin et Capitant, t. III, pages 138 et 139.

(2) Req., 5 février, aff. Watrin, D. P., 50, 1, 97. S., 50, 1, 337.

(3) Req. 31 juillet, aff. Dalençon, D. P., 68, 1, 209.

cours d'appel et notamment un arrêt de Caen (1) l'ont affirmée de nouveau. Une note au Dalloz sous cette dernière décision considère qu'à cette époque, en 1888, « il semble aujourd'hui admis que deux époux mariés sous le régime de communauté... peuvent donner par voie de partage d'ascendant les biens dépendant de leur communauté ; la controverse... tend à disparaître pour faire place à l'opinion qui considère la donation comme valable ». La question n'a plus été soumise depuis aux tribunaux, alors que la pratique continue de comprendre les effets de communauté dans les donations-partages, ce qui implique bien que parties et praticiens ont conscience maintenant que la validité est certaine.

17. — Telle est la solution de principe. Est-elle fondée en droit ? Qu'il soit permis aux ascendants de partager entre les donataires les biens de leur communauté s'il leur est permis de les leur donner, cela ne fait pas la moindre difficulté, qui peut le plus peut le moins ; si la loi les autorise à donner toute la communauté à un tiers, elle les autorise à n'en donner qu'une partie à chacun. Le problème ne diffère donc pas qu'il s'agisse d'une donation ordinaire ou d'une donation-partage. Il ne diffère pas non plus suivant les liens qui unissent les donataires aux époux donateurs. Peu importe que les premiers soient les descendants communs des seconds, les descendants unilatéraux de l'un d'eux ou même des étrangers, sauf, bien entendu, interposition de personnes. Il y a lieu simplement de considérer le premier cas avec une plus grande faveur en morale juridique. La question se pose donc sous un aspect très simple et dans un ordre très général : les deux ascendants de concert ont-ils le droit de disposer à titre gratuit des biens de leur communauté ? Il n'est pas mauvais cependant de remarquer que les arrêts qui ont répondu par la négative à cette question ont été rendus pour la plupart dans des espèces où les bénéficiaires étaient autres que les enfants communs : dans l'une (2), le donataire est un héritier présomptif du seul mari ; dans une autre (3), ce sont les enfants du mari ;

(1) 26 janvier 1888. S., 89, 2, 171. D. P., 88, 2, 299, aff. de Pierrepont contre Rauline.

(2) Aff. Varin, Caen, 3 mars 1843. D. P., 43, 2, 163.

(3) Aff. Beglin, Douai, 29 août 1855. D. P., 56, 2, 39.



dans une troisième (1), c'est le frère de la femme. A supposer donc que ces décisions soient seules à trancher la question, elles n'auraient pas une valeur absolue pour condamner le partage d'ascendant conjonctif au profit des enfants communs.

Ceci dit, les arrêts qui refusent de reconnaître la validité de la donation par les deux époux ensemble des effets de leur communauté, et dont les principaux sont les trois arrêts précités de Caen, Douai et Bourges, tirent leurs arguments tantôt de l'article 894 et tantôt de l'article 1422 du Code civil.

18. — On invoque le caractère actuel et irrévocable qui est de l'essence de la donation entre vifs : article 894 du Code civil. Deux motifs empêchent la femme, qu'elle soit donatrice avec ou sans le concours de son mari, de saisir *hic et nunc* et définitivement les donataires des biens de la communauté.

Elle doit conserver jusqu'à la dissolution de la communauté la faculté de l'accepter ou de la répudier que lui confère l'article 1453 du Code civil. De deux choses l'une : ou elle transmet à ses donataires sur l'actif commun le droit actuel et irrévocable qui est nécessaire à la validité de sa donation ; elle ne peut le faire qu'en perdant la faculté de renoncer plus tard, ce qui est absolument nul. Ou bien, si elle ne perd pas la faculté de renoncer, les droits qu'elle transmet à ses donataires ne satisfont pas à l'exigence essentielle de la donation entre vifs tant que son acceptation ne les a pas irrévocablement placés dans son patrimoine ; par son option, elle conserve le choix de se procurer ces droits ou de se les supprimer, par conséquent de les procurer ou supprimer à ses donataires ; or, toute libéralité est radicalement nulle quand elle est soumise à une condition potestative de la part de celui qui donne (article 944 du Code civil). La disposition de la femme commune est nulle de toute manière, soit parce qu'elle manque du caractère essentiel à toute donation, soit parce qu'elle enfreint l'article 1453 du Code civil.

Et la femme ne peut pas non plus saisir *hic et nunc* ses donataires parce que tant que dure la communauté elle ne possède sur les effets qui la composent qu'une simple expec-

(1) Aff. Fradet, Bourges, 10 août 1840, D. P., 41, 2, 211.

tative de même nature que les espérances héréditaires et n'a sur eux aucun droit de propriété. Comment en effet lui reconnaître, à côté du pouvoir du mari qui vend, aliène et hypothèque sans son concours et librement, un droit quelconque qui ne lui donnerait aucun pouvoir ? Or, la donation entre vifs ne peut comprendre que les biens qui appartiennent actuellement au donateur (art. 943 du Code civil), c'est-à-dire à chacun d'eux s'ils sont plusieurs.

19. — La seconde branche de l'argument repose sur une double pétition de principe ; elle ne peut avoir de valeur que si ces deux principes sont exacts.

Or, en premier lieu, l'article 943 n'exige pas que les biens donnés appartiennent intégralement et exclusivement à chacun des donateurs quand ils sont plusieurs. Son texte ne dit rien de semblable, et c'est lui faire une adjonction gratuite. C'est le tort des adversaires de la validité de toujours raisonner sur chaque époux pris individuellement et séparément de son conjoint et de développer leurs arguments pour le cas de concours des deux époux ni plus ni moins que pour celui où la femme participe seule à la donation entre vifs. Il faut tenir compte au contraire de ce que la personnalité du mari complète celle de la femme, de sorte que l'une fournit ce qui manque à l'autre, et que la réunion des deux époux codonateurs agissant conjointement est plus que la somme de leurs individualités. Chaque époux se dépouille d'une manière suffisante puisqu'il transmet tous les droits qu'il possède personnellement, et les donataires acquièrent un droit suffisant puisqu'ils acquièrent l'ensemble des droits des deux conjoints, encore qu'on ne sache pas et qu'on ne puisse déterminer avant dissolution de la communauté dans quelle limite chacun transmet ses droits. L'accord des deux époux transmet ce droit actuel et irrévocable que l'un d'eux, en l'espèce la femme, ne transmet peut-être pas.

En outre, à supposer que la femme commune ne possède qu'une simple expectative sur les biens de communauté, en consentant leur donation en même temps que son mari, elle transmet *hic et nunc*, actuellement et irrévocablement, un droit actuel à ses donataires et satisfait à l'essence de la donation entre vifs, de quelque manière qu'on analyse ses

droits sur la communauté, ainsi que l'exprime un arrêt de la Chambre des Requêtes (1) en termes excellents repris par la Cour de Poitiers (2). *Si elle possède un droit acquis à la propriété des biens, c'est ce droit acquis qu'elle aliène*, et son transfert est actuel et irrévocable. *Si elle n'a qu'une simple espérance d'être un jour investie d'un droit sur la communauté, c'est à cette espérance qu'elle renonce* ; sa renonciation est suffisante et transfère encore un droit actuel et irrévocable aux donataires.

20. — Il n'y a pas lieu davantage de s'arrêter à la première branche de l'argument, au dilemme tiré du droit de la femme d'exercer son option. Le partage de l'actif commun entre les descendants ne postule aucunement ni sa répartition préalable entre les donateurs, qui serait radicalement nulle, ni aucune appropriation individuelle quelconque par les époux des effets qu'ils donnent. La femme ne commet aucune immixtion ni ingérence interdites, elle conserve intact son droit d'option. Elle ne fait que renoncer, en concourant à la transmission à titre gratuit des biens communs, à l'espoir qu'elle avait d'en devenir un jour par son acceptation la propriétaire divise. Lors de la dissolution, si elle prend le parti d'accepter, la condition résolutoire sous laquelle la propriété de l'actif commun lui appartenait ne s'étant pas accomplie, elle en demeure propriétaire, et le partage d'ascendant conjonctif se consolide de son chef ; elle est donatrice de la part qui lui revient. Si au contraire elle décide (elle ou ses héritiers, le résultat est le même) de renoncer, le mari est censé rétroactivement seul propriétaire de tous les biens qui se trouvent dans la masse commune, et si ces biens ont été donnés, ce ne peut être que par lui seul. Qu'y a-t-il là de contraire au libre exercice du droit d'option de la femme ? Et l'autre arme du dilemme devient ainsi impuissante : puisque la répudiation de la femme, quand elle intervient, ne fait que substituer un donateur unique à deux donateurs et modifier les rapports des donateurs entre eux, sans changer la situation juridique des donataires, l'efficacité de l'acte n'est

(1) 31 juillet 1867, aff. Dalençon, D. P., 68, 1, 209 précité.

(2) 16 février 1885, aff. Guichard, D. P., 86, 2, 38.



pas ébranlée. Le but du concours de la femme à l'acte d'aliénation des effets de communauté consenti par le mari est de le valider à tout événement dans l'intérêt des tiers. Ce que chaque époux transmet dans le partage d'ascendant conjonctif, ce n'est pas une moitié de la masse commune, mais tous ses droits actuels et éventuels appelés, par suite des fluctuations de celle-ci, à varier de la totalité au néant, et limités seulement par les droits complémentaires de son conjoint qui augmentent dans la même proportion que les siens diminuent. Et ce que les enfants entendent acquérir, c'est l'ensemble des droits qu'ont les deux époux sur la communauté quelles que soient leurs limitations respectives. Peu importe donc l'inégalité des droits des deux ascendants lors de la dissolution de la communauté, ou même l'absence complète de droits de l'un d'eux par suite de sa répudiation. Il est absolument inexact de dire que si la femme commune conserve sa faculté de renoncer elle soumet à une condition potestative de sa part la donation qu'elle consent des biens communs. En passant de concert avec son mari la disposition à titre gratuit, elle se garde bien une porte de sortie, ou plutôt c'est la loi qui la lui garde bon gré mal gré ; mais elle ne se réserve pas le moyen de mettre à néant ou de restreindre dans son étendue la libéralité qu'elle consent. Et cela seul est interdit par le Code.

21. — Pour nier la validité de la donation de biens communs faite par les deux époux, on tire de l'article 1422 du Code civil un autre argument qui se présente sous un double aspect :

Le concours du mari est impuissant à procurer à la femme le droit de donner les effets de communauté. Seul, le mari ne peut pas les donner aux termes formels de l'article 1422 hors le cas d'établissement des enfants communs. Il ne saurait en autorisant ou habilitant son épouse lui conférer un droit qu'il n'a pas lui-même. De plus, le mari ne serait pas le protecteur des intérêts légitimes de la femme s'il avait la faculté de l'autoriser à passer un acte qu'on juge dangereux pour elle et qu'on lui interdit par ce motif. Enfin, l'impossibilité de l'épouse de concourir à la disposition à titre gratuit sur les effets communs et de la valider ainsi lui assure une pro-

tection efficace. S'il lui suffisait au contraire de s'associer au mari pour disposer à titre gratuit, la loi ne serait pour elle qu'une protection illusoire car son consentement serait peut-être arraché à sa faiblesse par la menace du mari de vendre les immeubles et d'en donner le prix, ce qui revient au même qu'une libéralité directe.

Le concours de la femme ne saurait non plus augmenter les pouvoirs du mari sur les biens de communauté tels que la loi les a déterminés, à moins qu'on ne répute le mari donateur pour le tout en combinant les articles 1421 et 1422 du Code civil : on les interpréterait alors dans ce sens qu'il n'est interdit au mari de disposer entre vifs à titre gratuit des immeubles communs qu'autant que cette disposition est faite sans le concours de la femme ; de sorte que la présence de celle-ci à l'acte n'a d'autre effet que de la mettre hors d'état de l'attaquer plus tard ; mais ce n'est nullement de son chef que la propriété est transférée aux donataires (1). Somme toute, la femme n'est alors que garante ; son rôle est simplement de s'engager à ne pas invoquer la nullité de l'acte ou à ne pas se prévaloir de l'article 1422 contre la libéralité du mari seul.

22. — Tel est l'argument. Et d'abord, le mari ne fait pas qu'autoriser ou habilitier sa femme, comme il le ferait pour une donation des propres de celle-ci ; il est donateur lui-même avec elle. Répétons que le pouvoir des deux donateurs agissant en complétant mutuellement leurs personnalités est plus grand que la somme de leurs pouvoirs individuels.

Remarquons aussi que sans aucun doute la femme dispose licitement de ses propres avec la seule autorisation de son mari ; *a fortiori* doit-elle pouvoir en faire autant avec le concours du mari comme donateur sur ces biens de communauté sur lesquels on prétend que son droit de propriété est moindre que sur ses biens personnels. On ne voit pas d'ailleurs contre quel entraînement elle a besoin d'être protégée dans un partage anticipé fait au profit de descendants communs et qui a toujours été vu par la loi avec une grande faveur.

(1) Aff. Varin précitée, Caen, 3 mars 1843, D. P., 43, 2, 163.

Quant à l'objection consistant à prétendre que la femme ne serait jamais que garante et non donatrice dans la disposition à titre gratuit des effets de communauté qui serait ainsi réputée faite par le mari seul, elle suppose précisément la validité de l'opération. Mais elle n'est pas même admissible. Il est enfantin de soutenir que le propriétaire d'un bien qui accepte qu'un tiers en dispose à titre gratuit n'est pour rien dans la libéralité, et qu'il n'est qu'un garant. Superficiellement, son rôle peut n'apparaître que comme tel. Mais l'analyse juridique doit aller au fond des choses et ne pas se payer de mots. C'est au contraire chez lui, et chez lui seul, qu'existe l'intention libérale. Sur la part de communauté dont la femme est ou sera un jour propriétaire, c'est bien par elle qu'est consenti l'abandon. Le mari n'est que l'instrument d'une libéralité qui en réalité s'opère de la femme aux enfants par l'engagement que prend celle-ci de ne pas attaquer la transmission à titre gratuit des droits auxquels elle peut prétendre. Les deux époux concourent à la donation en fait, de quelque manière qu'on analyse le rôle de la femme : comme donatrice ou comme simple garante apparente.

23. — Mais surtout les observations suivantes ruinent l'argument qu'on veut tirer de l'article 1422, comme du reste toutes les prétentions des adversaires de la validité de la donation faite par les deux époux des biens de leur communauté.

Les prohibitions de disposer à titre gratuit comme toutes les prohibitions sont de droit étroit : elles doivent être expressément formulées et les auteurs du Code l'ont fait pour toutes les incapacités. Pour que le concours des deux ascendants fût impuissant à disposer valablement à titre gratuit de la masse commune, il faudrait que le législateur l'ait précisé. Après les articles 1421 à 1424 qui traitent des pouvoirs du mari seul, et les articles 1426 (1) et 1427 qui traitent des pouvoirs de la femme seule, il faudrait un article qui spécifie que les pouvoirs des deux époux réunis ne sont pas plus étendus que ceux du mari seul. En l'absence de ce texte, on est bien fondé à n'admettre comme restrictions aux droits des deux con-

(1) L'article 1425 est abrogé.



jointes agissant de concert que les règles du régime de communauté et l'immutabilité des conventions matrimoniales : il est permis aux époux de faire tout ce qui ne viole pas leur contrat de mariage conventionnel ou leur régime légal.

Les biens de communauté ne sont pas inaliénables, comme sous un autre régime le sont les biens dotaux. Il n'y a que des restrictions à la faculté de les aliéner ; c'est ainsi qu'il est interdit en principe à un époux de disposer seul de la communauté entière ; c'est ainsi encore qu'est prohibé le partage provisionnel entre les époux qui permettrait à chacun de disposer pour partie de l'actif commun. Si les deux époux agissant ensemble n'avaient pas non plus le moyen de donner les biens de communauté, ceux-ci seraient inaliénables à titre gratuit d'une façon absolue, contrairement à l'esprit du régime. Il s'agit donc simplement de savoir quelle est la nature de ces restrictions et dans l'intérêt de qui elles sont édictées.

24. — Un premier point certain, qui résulte de l'unanimité de la Jurisprudence depuis longtemps acquise (1) est que l'article 1422 du Code civil n'est pas d'ordre public et que les parties peuvent y renoncer.

Un second point, qui n'était peut-être pas affirmé avec une force et une netteté suffisantes lors de la controverse sur la validité qui nous occupe, mais qui est unanimement admis depuis, est que les prohibitions de l'article 1422 ne sont édictées que dans l'intérêt de la femme. C'est uniquement dans un but de protection de celle-ci contre « d'injustes préférences », contre les abus que le mari serait tenté de faire des pouvoirs très étendus que lui accorde la loi, que ces derniers sont limités par des interdictions. Or, la communauté est une sorte d'association ; ce qu'un associé, même administrateur, ne peut faire, l'assemblée générale le peut : qu'est-ce que la réunion des deux époux agissant d'accord sinon une assemblée générale ? La limitation des pouvoirs du mari cesse si la femme consent à la libéralité librement et sans contrainte (2) et le relève ainsi de son incapacité, ce qu'elle a le droit de faire puisque l'article 1422 n'est pas d'ordre public. Les conjoints

(1) Notamment : Req. 5 février 1850, aff. Watrin précitée, D. P., 50, 1, 97.

(2) Il ne faut pas qu'elle cède à la pression du mari ou qu'il y ait vice de violence.

représentent seuls la communauté ; elle se résume en eux seuls ; leurs capacités peuvent bien se limiter respectivement, mais rien en dehors de leur intérêt et de leur volonté ne met obstacle à ce que d'un commun accord ils usent de la manière la plus absolue des biens qui sont leur propriété collective (1). Ce n'est que pour avoir oublié ce principe fondamental de la communauté et pour avoir toujours raisonné sur chaque époux pris individuellement en l'isolant complètement de son conjoint, que certains juristes ont cru impossible la disposition à titre gratuit des biens communs par les deux époux agissant de concert.

25. — Trois arguments de bon sens viendraient s'ajouter à notre thèse s'il en était besoin ; mais ils ne sont qu'augmentatifs plutôt qu'ils n'ont une valeur juridique propre.

La cour de Bourges (2) énonce un argument de texte. L'article 1075 du Code civil permet aux père et mère de répartir entre leurs descendants *leurs biens*. On ne comprendrait pas l'utilité de cet article si dans l'intention du législateur il n'était attributif d'un droit spécial, et si la faculté qu'il accorde était restreinte aux biens dont chaque époux a la libre disposition et la propriété exclusive au moment où il dispose. Chaque époux puisait déjà son droit dans les articles 893 à 1047 sur les règles générales des donations et testaments ordinaires. L'article 1075 serait une redondance inutile si son expression générale *leurs biens* ne comprenait pas nécessairement les effets de communauté dont chaque époux n'a pas à lui seul la libre disposition. Telle doit d'autant plus être l'intention du législateur que le régime matrimonial auquel sont soumis en principe les ascendants que vise l'article 1075 est le régime de la communauté ; il faut en effet une dérogation expresse au moyen d'un contrat de mariage pour que les époux soient régis par d'autres règles ; il est naturel que les auteurs de cet article aient eu en vue ce régime légal. Cet argument cependant est plus ingénieux que probant.

(1) Aff. Watrin précitée.

(2) Aff. Sainthérand, 13 février 1860, D. P., 62, 1, 31. S., 62, 1, 29.

26. — D'autre part, la femme a le droit incontesté de donner ses propres à qui bon lui semble, à la seule condition d'obtenir l'assistance de son mari. Il serait étrange qu'elle n'ait pas dans les mêmes circonstances avec le concours du mari celui de donner les biens de communauté qui sont le fruit des économies et du travail commun des époux, ni surtout celui de disposer en faveur des enfants nés du mariage de cette masse composée dans le seul intérêt du ménage et des enfants. C'est le rôle naturel du patrimoine commun de passer aux mains de la descendance pour qui il a été amassé, de la fortune familiale de poursuivre son but en passant à la génération suivante. Qu'on ne vienne pas dire que les propres appartiennent à la femme et qu'elle est directement intéressée à leur sort, tandis que la communauté ne l'intéresse que médiocrement parce qu'elle peut la répudier, parce qu'elle a le bénéfice d'émolument, parce qu'elle est en quelque sorte irresponsable des libéralités faites sur cette masse. C'est une raison de plus, si la femme est moins intéressée au sort de l'actif commun qu'à celui des propres qui lui sont personnels, pour en entourer l'aliénation de sa part de moindres garanties.

27. — Mais surtout, et c'est l'argument de bon sens que nous estimons le plus convaincant, comme le fait remarquer un arrêt de la cour de Caen (1), le seul motif plausible de toutes les restrictions légales apportées au pouvoir de l'un et de l'autre époux ne peut être que le souci de l'intérêt bien entendu de la communauté. Or, l'accord des deux conjoints pour faire une disposition gratuite est la meilleure preuve possible et désirable que leur acte ne lèse en aucune manière la communauté.

28. — Concluons que tous les effets appartenant aux époux peuvent être compris par eux dans leur partage d'ascendant conjonctif, à l'exclusion des seuls biens dotaux qui n'y sont pas plus licitement compris que dans une donation-partage ordinaire émanant d'un seul ascendant au cours du mariage.

(1) Aff. Adam contre Youf, 18 février 1850, D. P., 50, 2, 162.



## CHAPITRE II

### Examen des clauses accessoires

---

29. — Il s'agit maintenant de décrire plus amplement l'institution qu'on sait licite, afin d'en acquérir une connaissance plus réelle, en étudiant les clauses qui l'accompagnent dans la pratique. Le but de ce chapitre n'est plus d'effectuer une analyse théorique, mais de reconstituer l'aspect sous lequel le partage d'ascendant conjonctif se présente effectivement et de signaler les modalités avec lesquelles il est habituellement réalisé. Ces clauses ne lui sont pas essentielles et peuvent ne pas s'y rencontrer. En outre, elles ne lui sont pas spéciales ; elles sont communes à toutes dispositions à titre gratuit, simple donation ou partage anticipé, qui offrent la dualité d'auteurs. Ces clauses sont au nombre de trois : la clause de libre jouissance, la clause d'imputation et la clause de réversibilité. Une section distincte parlera de chacune d'elles, en dépit de la très grande inégalité des développements qui leur sont respectivement consacrés.

#### SECTION I

##### *Clause de libre jouissance*

30. — Cette convention stipule que les donataires ne seront gênés par aucune charge imposée par leurs ascendants donateurs ou le survivant d'eux. Elle ne se conçoit que si la donation-partage comprend des immeubles et que la jouissance de certains d'eux soit réservée aux époux jusqu'au décès du dernier vivant. Après leur démission de biens, les ascendants ne sont plus propriétaires ; il faut cependant qu'ils aient les moyens matériels de vivre encore, ce qui implique non seulement la conservation de ressources alimentaires, mais une certaine latitude pour passer les actes juridiques indispensa-

bles à l'existence courante. Or, l'usufruit d'un immeuble, par exemple, est soumis aux règles de tout usufruit. De là un double inconvénient possible : pour les ascendants eux-mêmes, tenus dans un cercle assez étroit par les limites de l'usufruit légal ; ensuite et surtout pour les enfants donataires ou le seul d'entre eux qui en pratique est attributaire de l'immeuble frappé d'usufruit. Les charges stipulées licitement par les époux ou le survivant d'eux peuvent grever cet immeuble après la cessation du droit viager pendant un délai assez long ou suivant des modalités profondément désagréables au nu-propiétaire, et aux dépens manifestement de l'égalité entre cohéritiers. Pour ne parler que du seul bail, on sait que consenti par l'usufruitier il est opposable au nu-propiétaire pour une durée de presque neuf ans encore et pour un loyer ou fermage en outre parfois dérisoire. Tel est l'inconvénient de droit. Il en est un autre en fait : les parents seront peut-être tentés de dépasser les limites du droit qu'ils se sont conservé et de consentir des charges plus ou moins licites ; l'enfant respectueux ne s'y opposera pas, mais souhaiterait néanmoins ne pas être lié.

L'utilité de la clause de libre jouissance est précisément d'obtenir ce double résultat à la fois d'accorder aux parents et au survivant d'eux une latitude de conduite plus large, et d'empêcher l'enfant d'en souffrir. Quelle que soit la charge consentie par les ascendants sur l'immeuble dont ils ont conservé la jouissance, elle ne grèvera pas le nu-propiétaire ; elle s'éteindra automatiquement par le décès du survivant. Le bail, par exemple, sera résilié de plein droit par la mort du dernier des époux, encore que passé pour une période plus longue. La validité de cette clause entre les parties est indiscutable, car elle n'a rien de contraire à l'ordre public.

## SECTION II

### *Clause d'imputation*

31. — C'est la stipulation en vertu de laquelle le prélèvement des biens que comporte le partage d'ascendant conjonctif est imputé sur la succession du prémourant de ses auteurs. Il y a deux sortes de clauses d'imputation : celle qui la pré-

voit sur la succession du prémourant d'abord et pour le surplus sur celle du survivant ; c'est la plus courante ; et celle qui prévoit l'imputation pour le tout sur la succession du prémourant uniquement. Sous cette seconde forme, elle a pour résultat de grever au profit de la communauté et du survivant la succession du prémourant, c'est-à-dire en fait les donataires eux-mêmes en leur qualité d'héritiers, d'une récompense égale à la différence de son actif net avec la masse distribuée.

32. — Sous son premier aspect, une telle clause est tout à fait naturelle. Elle réserve au survivant le plus de biens possible en évitant le partage du reliquat de la succession du conjoint défunt composé des menus biens qu'il a conservés ou recueillis depuis la passation de l'acte. Si même le partage d'ascendant conjonctif n'est que partiel, le patrimoine du survivant se trouve dégrevé de toute participation à la disposition et devient propriétaire, par suite d'une translation analogue à une dation en paiement, des biens conservés en dehors de l'acte par le conjoint ou du reliquat de communauté. La validité d'une telle combinaison est indiscutable : la libéralité faite aux enfants est irrévocable ; il y aura certainement un donateur ; il n'y a d'incertitude que sur sa personne. L'époux donne licitement les biens de son conjoint sans aucun doute en les imputant sur sa propre succession (1).

33. — La clause d'imputation pour le tout sur la succession du prémourant est aussi valable. Elle ne modifie en rien la situation des donataires ; la récompense due par eux en tant qu'héritiers du prémourant ne sera jamais versée ni en nature, ni même au moyen d'un rapport fictif ; car les rapports à succession sont absolument incompatibles avec le partage anticipé, suivant une doctrine et une jurisprudence constantes. Les descendants recueillent au décès du survivant dans sa succession cette créance qu'il possédait contre eux et qui s'éteint par confusion sur leurs têtes. Le seul effet de la clause

(1) Garnier, Rep. Gén, Enregistr. 12.587. De Ridder, Thèse Paris, 1889, p. 227 et suivantes.

est en définitive de modifier les contributions respectives des deux époux à la libéralité, le survivant n'étant donateur que du montant de la récompense à lui due, c'est-à-dire de tout ce qui dépasse l'actif net de la succession de son conjoint.

### SECTION III

#### *Clauses de réversibilité*

34. — Dans presque toutes les dispositions à titre gratuit consenties entre vifs par deux époux, partages anticipés ou simples donations, qu'elles présentent ou non le caractère conjonctif, ceux-ci stipulent un usufruit, ou une rente viagère avec réversibilité. Cette clause consiste en ceci qu'au décès du prémourant des donateurs l'usufruit subsiste pour sa totalité, ou la rente viagère continue d'être due sans diminution au profit du survivant, au lieu que celui-ci n'ait plus droit qu'à moitié.

Une telle clause est l'accessoire indispensable du partage d'ascendant conjonctif entre vifs ; sans elle, il ne saurait être exécuté pratiquement. En effet cet acte n'a de sens et ne remplit son but que s'il est universel et porte sur l'ensemble de la fortune des parents ; ceux-ci ne peuvent se dépouiller en nue propriété qu'en s'assurant des ressources alimentaires. Et ces ressources elles-mêmes doivent demeurer intégrales ou presque au profit du survivant pour ne pas restreindre ses moyens d'existence. Sans réversibilité donc, les ascendants ne sauraient consentir leur abandon intégral (cf *supra* n° 7).

Etant donné son caractère de complément nécessaire du partage d'ascendant conjonctif, la clause de réversibilité trouvera place dans cette étude, bien que dépassant l'objet strictement compris de celle-ci. Par contre, cette clause a fait l'objet d'une littérature si abondante et a provoqué un nombre si imposant de décisions judiciaires qu'ici nous nous contenterons de résumer la question en nous attachant surtout à mettre en relief ce qui présente quelque intérêt spécial à notre institution.

Nous exposerons donc simplement que la jurisprudence constante de la cour de Cassation, suivie aujourd'hui par la



presque unanimité des cours d'appel, déclare nulle toute clause de réversibilité, et nous analyserons rapidement son argumentation, sans nous arrêter à discuter son bien ou son mal fondé.

35. — Il y a deux parts dans la rente viagère ou l'usufruit dont la clause de réversibilité fait bénéficier le survivant des époux donateurs. La première lui profite en vertu de l'acquisition qu'ont faite les descendants de ses propres biens. Par ses propres biens, il faut entendre aussi ses droits dans la communauté si c'est sous ce régime que sont mariés les époux. Cette portion par conséquent lui profiterait aussi bien s'il était seul donateur et qu'il y eût stipulation pure et simple d'usufruit ou de rente viagère. La seconde portion ne lui profite qu'en vertu de l'acquisition à titre gratuit qu'ont faite les descendants des biens du conjoint prédécédé. Elle résulte uniquement de la clause de réversibilité de sorte que le survivant n'en bénéficierait pas s'il avait été seul donateur. Elle constitue donc une libéralité envers le survivant, émanant des donataires ou du conjoint prémourant lui-même, peu importe, mais en tout cas dont la cause est fournie par le patrimoine de ce dernier. En dépit de toute argutie sur son analyse, c'est une libéralité entre époux. Or, au moment où elle est consentie, elle est mutuelle et réciproque nécessairement ; les ascendants ne savent et ne peuvent savoir qui d'entre eux survivra ; chacun d'eux a une intention libérale éventuelle envers son conjoint pour le cas de survie de ce dernier. Chacun donne forcément à l'autre, pour lui accroître lors de son décès à lui stipulant, la moitié à laquelle il a droit personnellement.

Si cette analyse est exacte, la clause de réversibilité tombe sous le coup de l'article 1097 du Code civil annulant toutes donations réciproques entre époux pendant le mariage contenues dans un seul et même acte. Peu importe qu'elles ne soient qu'éventuelles dans leurs effets, car c'est l'intention libérale et non l'émolument libéral que vise l'article 1097. Il est édicté pour assurer l'effet de l'article précédent imposant la révocabilité comme essence des libéralités entre époux pendant le mariage.

36. — La nullité des clauses de réversibilité a le caractère incontestable d'une nullité d'ordre public (1) ; en assurant la révocabilité des libéralités entre époux pendant le mariage, l'article 1097 organise le statut intangible des rapports pécuniaires obligatoires auquel il est interdit aux époux de déroger par leur régime matrimonial particulier. La conséquence de ce caractère est que toute ratification ou confirmation quelconque de la clause de réversibilité et toute clause pénale sont elles-mêmes nulles et que les conjoints ni les descendants n'ont aucun moyen de parer l'action en nullité ; les donateurs ne perdent en rien le droit d'intenter cette action en acceptant la donation-partage et même expressément la clause de réversibilité.

37. — Cette solution jurisprudentielle a provoqué et provoque encore les critiques véhémentes de la Doctrine et l'ingéniosité de la pratique notariale pour éluder son résultat des plus fâcheux. Elle n'en est pas moins affirmée par des légions d'arrêts (2). Les cours d'appel ont cessé la résistance que certaines avaient esquissée (3). La jurisprudence est trop ferme pour en attendre le revirement. Or, elle apporte un obstacle pratique considérable à la confection du partage d'ascendant conjonctif entre vifs en annulant systématiquement toute combinaison susceptible de procurer au survivant l'intégralité d'un avantage qui lui est la plupart du temps nécessaire pour continuer de vivre dignement.

38. — Pour savoir si une clause litigieuse ou ambiguë constitue ou non une clause de réversibilité, on doit en principe l'interpréter plutôt dans le sens où elle produit un effet valable que dans celui où elle est nulle. Pour prononcer la nullité,

(1) Civ. 19 janvier 1881, aff. Gelly, S. 81, 1, 108, D. P., 81, 1, 181, Nancy, 11 juin 1887, aff. Mangeot, S., 1903, 2, 265, D. P., 88, 2, 303.

(2) Amiens, 10 novembre 1853, S., 53, 2, 690, D. P., 54, 2, 92, aff. Digeon, Req. 26 mars 1855, S. 55, 1, 355, D. P., 55, 1, 63, aff. Laurent, Civ. 14 novembre 1865, D. P., 66, 1, 110, aff. Dauthuille, Civ. 26 juillet 1869, D. P., 69, 1, 476, aff. Vignerot, Req. 25 février 1878, S., 81, 1, 73, D. P., 78, 1, 449, aff. Pinton, Civ. 19 janvier 1881 et Nancy, 11 juin 1887 précités, Paris, 23 juillet 1900, S. 1903, 2, 265, D. P., 1900, 2, 493, aff. Marasquin, Caen, 13 mai 1925, *Rev. Not.*, 1925, n° 21.108, aff. Hébert, cité par M. Hugues, Thèse Paris 1927, pages 22 et suiv.

(3) Cf. le revirement intéressant de la cour de Nancy dans les affaires Gelly, où son arrêt fut cassé par la cour de Cassation, puis Mangeot.

il faut qu'il résulte formellement des termes mêmes de la stipulation ou du contexte de l'acte que l'intention des époux est bien d'assurer l'intégralité de l'avantage au survivant d'eux. Il est vrai qu'un arrêt de Nîmes (1) considère les mots *pendant leur vie*, au sujet des deux époux donateurs, comme dénonçant suffisamment la clause de réversibilité, mais cette décision proclame la validité de la clause en question ; son interprétation est inadmissible aujourd'hui qu'elle aboutirait à annuler la clause ambiguë.

#### § I. — Domaine de la nullité des clauses de réversibilité

39. — Dans le sens compréhensif d'abord, ne sont pas nulles seulement les clauses portant sur un usufruit ou une rente viagère ; ce sont simplement les plus courantes. La nullité atteint encore toute clause dont le but est d'assurer au survivant des époux un avantage supérieur à ce qu'aurait pu lui procurer son émolument personnel à la donation-partage, quelle que soit la nature de cet avantage. L'attribution au survivant de tout ce qui restera dans la communauté lors du décès du prémourant est aussi interdite (2). En effet, au moment de la disposition, ne sachant qui décèdera le premier, chaque époux donne nécessairement à son conjoint cet excédent éventuel pour le cas de son propre prédécès ; et ces deux libéralités réciproques sont contenues dans le même acte. Mais alors, la clause d'imputation de la donation-partage sur la succession du prémourant n'est-elle pas nulle puisqu'elle aboutit à rendre le survivant propriétaire du reliquat de communauté et même du reliquat de la fortune personnelle du défunt ? Certainement non, car ce n'est pas par le résultat d'une intention libérale de la part du prémourant que le survivant s'enrichit, comme dans le cas où le reliquat de communauté lui est attribué purement et simplement. Il ne s'agit que du jeu d'une condition alternative dont l'événement détermine lequel des deux sera donateur et affranchit l'autre de toute contribution.

L'article 1097 du Code civil ne permet même pas de distin-

(1) Aff. Porte, 16 décembre 1865. S., 66, 2, 216. D. P., 66, 5, 332.

(2) Req., 30 mars 1868. D. P., 69, 1, 106, aff. Prudhomme.

guer ce qui appartient personnellement et pécuniairement à chaque époux de ce dont ils profitent ensemble et confusément, pour la même étendue qu'ils soient un ou deux à en bénéficier. Le droit de continuer à habiter la maison commune constitue une clause prohibée, quoique son assiette soit identique pour le survivant seul que pour les deux conjoints ; car la valeur pécuniaire que représente cet avantage et qui en est la cause est la même pour un tel droit que pour un droit évalué en argent.

40. — Dans le sens restrictif au contraire, l'article 1097 ne prohibe que la libéralité qui est mutuelle entre époux pendant le mariage et contenue dans le même acte. Il n'y a plus nullité dès qu'un de ces éléments disparaît.

L'immutabilité des conventions matrimoniales exige l'irrévocabilité essentielle des libéralités que se consentent les futurs époux dans leur contrat de mariage ; le motif de l'article 1097 disparaît pour ces libéralités en même temps que l'application de l'article 1096. Les clauses de réversibilité conformes aux conventions nuptiales des donateurs sont donc pleinement valables (1). Bien mieux : les époux sont obligés, à peine de violer leur contrat de mariage, de maintenir semblables réserves dans le partage d'ascendant conjonctif qu'ils réalisent.

Les termes du contrat de mariage doivent-ils s'interpréter strictement à ce sujet ou dans un sens libéral ? Notamment, si le contrat de mariage accorde au dernier mourant l'usufruit des biens de communauté ou des biens du prémourant, est-il licite de remplacer cet usufruit dans le partage d'ascendant conjonctif par une rente viagère également réversible sur la tête du survivant pour la totalité ? La rente viagère, à condition de n'avoir pas un montant supérieur à celui de l'usufruit prévu par le contrat de mariage, en est bien l'équivalent ; l'avantage accordé n'est pas changé dans sa valeur, mais seulement dans sa modalité : les conjoints n'élargissent pas l'ouverture qu'ils s'étaient réservés en se mariant. Cependant la Jurisprudence repousse formellement une telle licence.

(1) Req. 29 octobre 1900. D. P., 1900, 1, 217, aff. Rougé contre Riveslange. Trib. Civ. Blaye, 24 juin 1887. R. P. Enreg. 6989. Maguéro, V<sup>o</sup> Réversion, n<sup>o</sup> 36.



La substitution au cours du mariage d'une rente viagère à l'usufruit accordé par les conventions nuptiales, ou réciproquement celle d'un usufruit à la rente viagère, sont nulles en vertu de l'article 791 du Code civil comme stipulations sur une succession future, car c'est modifier avant l'ouverture de la succession du prémourant un droit qui ne peut dépendre que d'elle (1). La jurisprudence belge fonde la même solution sur le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (2). On voit ainsi comme son interprétation est plus stricte que la nôtre, sur un point où cependant nous sommes habitués à une sévérité particulière de la jurisprudence française. Dès qu'il a pris vie par le mariage, le contrat anténuptial lie rigidement les conjoints et ne souffre pas qu'on modifie l'assiette d'un droit qu'il établit.

41. — La renonciation par la femme à la communauté ou à la société d'acquêts, grâce à son effet rétroactif, soustrait la clause de réversibilité à la nullité de l'article 1097. Le mari est en effet censé seul propriétaire de l'actif commun au jour de la passation du partage d'ascendant conjonctif ; il est censé fournir seul les biens dont il stipule la réversibilité tant au profit de son épouse pour le cas de survie de celle-ci que pour le cas de sa propre survie à son profit personnel. Il n'y a plus aucune réciprocité puisqu'il n'y a plus qu'une libéralité unique, celle de la femme étant effacée (3). Mais il n'en est ainsi que si la disposition ne comprend aucun bien de la femme, ni propres, ni biens réservés. La nullité de la clause de réversibilité ne s'efface donc que si tous les biens compris à l'acte appartiennent au seul mari, et si par conséquent le partage d'ascendant conjonctif se transforme en un partage anticipé ordinaire fait par le seul mari.

Le bénéfice de la réversibilité reste par contre acquis à la femme renonçante si elle survit. L'usufruit en effet n'est pas une valeur commune, non plus que la rente viagère. A la dissolution de la communauté, on ne liquide pas la rente ni l'usufruit pour en attribuer une partie à la succession du prémou-

(1) Agen, 13 juillet 1868. J. G. S. V<sup>o</sup> Disp. entre vifs n<sup>o</sup> 561, aff. Lajus. Chambéry, 23 juillet 1873. J. G. S. V<sup>o</sup> Succession n<sup>o</sup> 502-6<sup>o</sup>, aff. Bouquet des Chaux.

(2) Article de M<sup>o</sup> Kluyskens à la *Belgique Jud.* 1919, n<sup>o</sup> 17, col. 566.

(3) Agen, 21 novembre 1860. D. P., 61, 2, 34, aff. Vigne.

rant. Il n'y a qu'un partage par moitié si l'avantage n'est pas réversible. En répudiant la communauté, la veuve conserve donc un bénéfice qui n'en dépend pas. En outre, de deux titres conférant l'un la propriété et l'autre l'usufruit, l'épouse a le droit de rejeter l'un pour s'en tenir à l'autre si elle trouve cette option plus conforme à ses intérêts (1).

Cette observation révèle un moyen très simple pour les descendants, héritiers de leur mère prémourante, de valider rétroactivement la clause de réversibilité. Il leur suffit de répudier la communauté de son chef. Sans doute, afin d'être efficace en la matière pour valider rétroactivement la clause de réversibilité, la répudiation de la communauté requiert-elle l'accord de tous les descendants. Sans doute, une renonciation partielle ne produit-elle pas l'effet prévu ; dès lors l'action en nullité de la clause de réversibilité n'est-elle pas à craindre si tous consentent à s'enlever le droit de l'exercer. Mais, il se peut d'une part que certains descendants se méfient qu'un de leurs cohéritiers, actuellement bien disposé envers le père survivant, ne le demeure pas. Il est sage alors de leur part de le désarmer pendant qu'il le veut bien. Et surtout, les faits des décisions judiciaires révèlent à l'envi, que l'action en nullité de la clause de réversibilité est rarement intentée par les enfants eux-mêmes contre leur auteur survivant ; elle l'est au contraire soit par des gendres peu soucieux de supporter le versement d'une rente viagère consentie par leurs femmes, soit plus fréquemment encore par les créanciers des époux ou du survivant pour faire annuler à leur profit un avantage de leur débiteur. En ce cas, l'accord pieux de tous les descendants assurera au père survivant de larges ressources alimentaires à l'abri des atteintes des créanciers.

42. — La clause de réversibilité échappe encore à la nullité si, partielle, elle n'accorde au survivant aucun bénéfice supérieur à celui qu'il aurait pu obtenir par la donation de ses biens personnels. Elle perd son caractère de libéralité entre époux, et peu importe alors sa réciprocité dans le même acte, chaque fois que la fraction d'usufruit ou de rente viagère

(1) Agen, aff. Vigne précitée. Tréca, Thèse Paris, 1904, pages 124 et suiv.

réversible sur la tête du survivant ne dépasse pas la quotité d'usufruit que représente la portion de biens, propres ou communs, transmise de son chef, ou le montant de la rente viagère que cette portion assurerait normalement (1).

43. — Lorsqu'elle est d'une validité incontestable en dépit de l'article 1097 dans les hypothèses qui précèdent, la clause de réversibilité contenue dans un partage d'ascendant conjonctif reste d'une efficacité précaire. Il existe entre époux une quotité disponible spéciale en présence d'enfants communs, ce qui est le cas par définition pour un partage d'ascendant. Les époux n'ont jamais le droit que d'assurer au survivant d'eux un avantage dont l'émolument soit inférieur à la moitié de l'usufruit total de la succession du prémourant donateur, tout en dépassant l'usufruit ou l'équivalent de l'usufruit des biens personnels du survivant bénéficiaire, à moins que leur contrat de mariage n'autorise davantage. Les enfants ont le droit de faire réduire l'avantage à la moitié de l'usufruit de l'intégralité de la succession du prémourant. Il en est de même pour la rente viagère si son montant est tel qu'il exige pour son service un capital supérieur au quart en pleine propriété plus le quart en usufruit de la fortune du prémourant. Il est certain que l'article 1094 du Code civil ne permet pas à un époux d'imposer à ses descendants au profit de son conjoint une charge dont il n'aurait pas le droit de lui donner directement le bénéfice ; sinon il serait trop facile de tourner les règles de la quotité disponible entre époux.

44. — Rappelons que ce qui provoque la nullité de la clause de réversibilité n'est pas son émolument avantageux dont profite l'époux et qui n'est jamais réciproque, mais l'intention libérale elle-même au moment où la convention est passée. D'où il y a lieu de déduire deux conclusions :

1<sup>o</sup> Que la nullité ne disparaît pas en même temps que la réciprocité de la clause par le décès du prémourant des donateurs, comme pourrait le laisser croire une analyse superficielle. Peu importe qu'après le décès du prémourant la clause

(1) Maguéro, V<sup>o</sup> Réversion, n<sup>o</sup> 77.

de réversibilité ne soit plus qu'une libéralité unilatérale et pure et simple par le prémourant à son conjoint ; à l'origine, l'intention libérale était double et mutuelle, et c'est ce caractère qui l'a viciée. S'il en est autrement quand il s'agit de la répudiation de la communauté par la femme, c'est parce que cette répudiation fait disparaître l'intention libérale elle-même de la part de la femme envers le mari.

2° Que la prévision d'une récompense pour l'avantage réversible ne fait pas disparaître la nullité de l'article 1097 avec son caractère de libéralité, caractère qui s'apprécie lors de la passation de l'acte et non, ensuite d'événements postérieurs, à la dissolution de la communauté quand il s'agit de la liquider. Le caractère libéral serait toutefois absent si la récompense était stipulée dans l'acte même de donation-partage, et sans intention des époux de s'en faire ultérieurement la remise. Mais ce cas ne se présentera pas puisque toute l'utilité de la clause de réversibilité s'évanouirait, et que le geste serait absurde de la part des conjoints dont le survivant n'obtiendrait rien de plus que par une réserve ordinaire d'usufruit ou une stipulation ordinaire de rente viagère, non réversibles.

## § II. — Conséquences de la nullité des clauses de réversibilité

45. — La cour de Cassation répute non écrite la clause de réversibilité aux termes de l'article 900 du Code civil, comme condition illégale insérée dans un acte à titre gratuit (1). Elle ne s'est jamais prononcée sur le point capital de savoir si cette clause est réputée non écrite pour le tout ou seulement pour ce qui provient au survivant d'une libéralité de son conjoint. En d'autres termes, la stipulation doit-elle s'effacer en entier, ou le survivant conserve-t-il la portion d'usufruit ou de rente viagère que lui aurait obtenue la seule aliénation de ses biens personnels ?

Il semble qu'une stipulation réputée non écrite ne l'est que pour ce qui en elle est contraire à la loi, bien que nulle d'ordre public. Le système de la réputation non écrite est une fiction, et comme tel doit s'appliquer avec la souplesse

(1) Notamment Req. 25 février 1878. S. 81, 1, 73. D. P., 78, 1, 449. Aff. Pinton.



que permettent toutes fictions juridiques. Il faut donc séparer pour l'application de l'article 1097 ce qui, dans l'usufruit, porte sur les biens personnels du prémourant de ce qui porte sur les biens personnels du survivant pour n'annuler que le premier avantage, et dans la rente viagère il faut séparer ce qui correspond à un capital égal aux seuls biens du prémourant de ce qui correspond à un capital égal aux seuls effets du survivant pour n'annuler que la première portion. Le cantonnement de l'avantage stipulé réversible devient ainsi nécessaire. Si on veut éviter les inégalités entre les lots, qui sont immanquables en raison de la conjonctivité du partage d'ascendant et détruiraient l'égalité du partage, l'usufruit doit au décès du prémourant porter également sur moitié de chaque lot, en dépit de sa composition matérielle, ce qui en pratique est un résultat bien peu satisfaisant. De même la clause attribuant au survivant le reliquat des biens restant dans la communauté au décès du prémourant ne vaut que pour moitié ; l'autre moitié du reliquat devant être partagée entre les enfants ; son inutilité est ainsi complète.

46. — La nullité de la clause de réversibilité entraîne celle de la clause interdisant l'aliénation des biens donnés que les époux stipulent souvent comme une clause accessoire destinée à garantir les droits réservés par eux en faveur du survivant (1). Evidemment la prohibition d'aliéner n'est pas nulle en elle-même si aucune clause de réversibilité n'existe dans l'acte. A ce sujet, les ascendants doivent se mettre en garde contre un danger qui les menace. Les tribunaux voient une clause de réversibilité prohibée dans toutes combinaisons prises par les époux pour parvenir au même résultat que par une clause directe ; leur sagacité sur ce point est d'une ingéniosité redoutable. L'existence d'une prohibition d'aliéner leur sera souvent un indice que les conjoints cherchent à s'assurer la réversibilité ; elle éveillera l'attention et fera découvrir la réversibilité dans une combinaison camouflée qui sans cela n'aurait pas été aperçue.

47. — La cour d'Amiens est allée plus loin que la cour de

(1) Paris, 23 juillet 1900, aff. Marasquin précitée.

Cassation au sujet de la clause de réversibilité. Elle a décidé que cette stipulation prohibée ne doit pas seulement être réputée non écrite, mais entraîner la nullité du partage d'ascendant conjonctif entier, car elle en est plus qu'une charge conditionnelle, mais bien le motif déterminant et impulsif (1). L'article 900 du Code civil n'est qu'interprétatif de la volonté des parties ; il suppose que si le disposant avait connu l'illégalité de la condition, il y aurait renoncé plutôt qu'à la libéralité elle-même. Cet article doit être écarté s'il est constant que le disposant connaissait l'illégalité de sa condition et en a fait la cause de la libéralité. Déclarer seulement cette condition non écrite, c'est violer l'intention manifeste des parties. A quoi on ajoute que les pactes de famille autorisés par les articles 1075 et suivants du Code civil ne doivent pas être considérés comme des donations entre vifs pures et simples ; la loi les appelle des partages ; ils sont réglés par une législation spéciale et tout exceptionnelle : la donation n'y intervient qu'accessoirement et pour leur prêter ses formes seulement ; s'ils se présentent sous l'aspect d'un partage d'ascendant conjonctif avec réversibilité, ils sont presque un contrat à titre onéreux, un contrat synallagmatique ; la cause de celui-ci disparaissant avec l'avantage réversible annulé la libéralité elle-même doit disparaître, par application de l'article 1184 du Code civil. Dans une telle convention, c'est l'article 1172 et non l'article 900 qu'il y a lieu d'appliquer (2).

Cette solution semble excessive pour un partage d'ascendant conjonctif dont les termes ne s'expliquent pas formellement sur ce point. Elle a cependant un double mérite que n'a pas celle de la Cour de Cassation. D'une part, si c'est l'enfant qui veut demander la nullité de la clause de réversibilité, il réfléchira avant d'intenter une action qu'il saura faire tomber en entier un acte qui le satisfait peut-être par ailleurs. D'autre part, il est beaucoup plus équitable et plus satisfaisant en morale que le survivant rentre du moins en possession de ses biens personnels s'il se voit privé du bénéfice sur lequel il comptait et qui est souvent indispensable à sa subsistance honorable.

(1) Amiens, 10 novembre 1853. D. P., 54, 2, 92, aff. Digeon.

(2) Trib. Civ. Angoulême, 9 mai 1864. *J. Not.*, 22.789 en note. Hugues, Thèse, Paris 1927, précitée, pages 58 à 65.

48. — Il est donc souhaitable qu'une clause expresse oblige le tribunal saisi à adopter en l'espèce la solution posée en principe par la cour d'Amiens et le tribunal d'Angoulême. Une charge conditionnelle contraire à la loi ou aux bonnes mœurs ne doit plus être seulement réputée non écrite, s'il est prouvé qu'elle est la cause impulsive et déterminante de la libéralité où elle est contenue. La nullité d'ordre public de cette clause doit entraîner celle de l'acte qu'elle a provoqué. Ainsi en a décidé un arrêt récent et très juridiquement motivé (1).

49. — L'insertion d'une clause expresse permet aussi au notaire de dégager une responsabilité qui lui incombe certainement. Le notaire qui reçoit un acte contenant une clause réputée non écrite et qui n'avertit pas les parties du vice de cette clause est responsable du préjudice causé par sa négligence ou son ignorance professionnelles (2). En l'espèce, il peut être tenu envers le survivant de la portion supplémentaire d'usufruit ou de rente viagère escomptée.

L'insertion de la clause suivante au partage d'ascendant conjonctif paraît doublement utile : pour dégager la responsabilité du notaire et pour empêcher le survivant d'être privé de l'avantage réversible sans pouvoir rentrer en possession de ses biens.

*A l'instant, Me..., notaire soussigné, a rappelé aux parties que la jurisprudence actuelle considère cette clause comme réputée non écrite, et même comme entraînant la nullité entière de la libéralité si elle en est la cause impulsive et le motif juridique déterminant. A quoi M. et M<sup>me</sup> ..., donateurs, ont déclaré connaître parfaitement le vice de ladite clause de réversibilité, mais la maintenir néanmoins comme la condition expresse, sine qua non, impulsive et déterminante de leur donation à titre de partage anticipé. En conséquence, ils ont donné acte au notaire soussigné de sa déclaration, l'ont dégagé formellement de toute responsabilité à cet égard, et l'ont requis de maintenir ladite clause au présent acte.*

(1) Caen, 13 mai 1925, aff. Hébert précitée. Tréca, thèse Paris 1904, p. 133. Hugues, thèse Paris 1927, précitée, p. 31, 38, 58 à 65.

(2) Un jugement de Fontainebleau du 14 août 1901. *J. Not.* art. 27563, 1902, p. 163, écarte la responsabilité du notaire, mais en se basant sur ce qu'au moment de l'acte, en octobre 1888, la nullité de la clause de réversibilité était encore douteuse. Aujourd'hui, par conséquent, le notaire serait certainement déclaré responsable.

De cette manière, il n'est pas douteux que la nullité de la clause de réversibilité doive entraîner celle du partage d'ascendant conjonctif lui-même. Cette clause n'est évidemment pas une clause pénale nulle, puisque son effet n'est pas d'empêcher d'invoquer une nullité d'ordre public, mais d'en augmenter l'effet et d'en préciser les conséquences.

50. — La cour de Cassation de Belgique, dans un arrêt rendu en matière fiscale, mais suivi en droit civil, a adopté une troisième opinion en ce qui concerne l'étendue de la nullité de la clause de réversibilité (1). Elle décide que l'article 1097 du Code civil n'énonce *qu'une règle de forme* en prescrivant deux actes pour les donations mutuelles entre époux au cours du mariage. La nullité de la clause de réversibilité n'est donc *qu'un vice de forme*, et comme telle n'affecte l'opération que d'une nullité relative. Du moment que la donation par un époux à l'autre de l'usufruit intégral des biens compris à l'abandon commun, ou d'une rente viagère supposant un capital égal à l'intégralité desdits biens, n'a rien d'illicite quand elle est unilatérale ; du moment qu'elle n'a rien d'illicite non plus quand elle est réciproque à condition d'être contenue dans deux actes différents, il est abusif de l'annuler parce que faite en une forme prohibée et de la réputer non écrite. La clause en question est donc susceptible de ratification par les héritiers et leurs ayants cause qui avaient le droit d'invoquer la nullité. Car on peut couvrir tout vice de forme qui n'affecte pas dans son essence même un acte juridique (2).

La Jurisprudence belge se contredit elle-même. Elle ne fait aucune distinction entre la réversibilité de l'usufruit et celle de la rente viagère. Or il est évident que si elle reconnaît expressément l'article 1097 du Code civil comme une règle de forme et la nullité qui en résulte comme un vice de forme, elle doit logiquement en écarter l'application à la rente viagère. L'article 1973 en effet énonce en toutes lettres que lorsque la rente viagère est constituée au profit d'un tiers, ce qui est bien notre cas, *quoique elle ait les caractères d'une libéralité*,

(1) 18 mai 1866, Pasierisie 1866, 1, 190. *Belgique judiciaire*, 1866, col. 629.

(2) Comme ferait par exemple l'absence d'authenticité d'une donation entre vifs.



*elle n'est point assujettie aux règles de formes requises pour les donations.* La stipulation par deux époux au cours du mariage d'une rente viagère mutuelle est donc affranchie de l'exigence de forme d'être passée par deux actes différents (1) et doit être considérée comme valable, nonobstant l'unité de l'acte où elle est contenue.

51. — L'action ayant pour but de faire prononcer la nullité de la clause de réversibilité est une action trentenaire qui court à partir de la passation de l'acte où elle est contenue. Elle n'est cependant pas toujours utilement recevable pendant trente ans, en raison de la règle : « Pas d'intérêt, pas d'action ».

Si on admet avec la Cour de Cassation française que la clause de réversibilité est seulement réputée non écrite, il n'existe plus aucun intérêt à intenter l'action après le décès des deux ascendants, puisqu'elle serait sans effet après cette date (2). Si on admettait au contraire avec la cour d'Amiens que la nullité de la clause de réversibilité entraîne en outre celle du partage d'ascendant conjonctif entier, l'action resterait recevable même après le décès du survivant, parce qu'elle tend à la nullité d'un acte qui produit effet actuel, en se basant seulement sur une clause accessoire dont a cessé l'intérêt particulier.

Dans le cas où c'est par suite d'une stipulation expresse révélant que la clause de réversibilité est la cause juridique et le motif déterminant du partage d'ascendant conjonctif lui-même qu'elle en entraîne la nullité, l'action n'est pas recevable davantage après le décès du survivant. Elle tend à la nullité de la seule clause sans viser le partage d'ascendant conjonctif en lui-même et ce dernier ne tombe que par une conséquence de la réussite de l'action sur un autre point et sur un autre fondement juridique ; c'est donc dans la fin déterminante de l'action que doit exister l'intérêt nécessaire, c'est-à-dire dans la clause de réversibilité elle-même.

52. — Malgré la nullité des clauses de réversibilité en droit civil, l'Enregistrement perçoit sur elles les droits auxquels

(1) Colin et Capitant, t. III, page 933.

(2) Req. 25 février 1878, aff. Pinton précitée.

elles donnent lieu comme donations entre époux. En effet, la majorité des nullités ne sont pas soulevées en fait, du moins lors de la présentation de l'acte à l'enregistrement, et les conventions nulles sont néanmoins exécutées de bonne foi. Et surtout, la régie n'est pas juge de la validité des actes qu'on lui soumet ; son rôle n'est que d'en constater l'existence et de percevoir les droits y afférents. La nullité des clauses de réversibilité n'est donc pas opposable à l'administration de l'Enregistrement (1). Mais l'étude des clauses de réversibilité en droit fiscal, n'ayant rien de spécial ni au partage anticipé ni à son caractère conjonctif, sera ici laissée de côté. Nous dirons seulement que l'Enregistrement perçoit un double droit : lors de la présentation de l'acte qui la contient, le droit fixe de donation éventuelle de 56 fr. 20 en principal actuellement, à moins que le contrat de mariage des époux ne contienne déjà donation réciproque de l'usufruit, car c'est à l'époque de son enregistrement que le droit a été perçu. Et lors du décès du prémourant qui fait s'opérer la réversion, le droit proportionnel de mutation par décès sur la valeur imposable de l'usufruit des biens provenant du prémourant.

### § III. — Moyens pratiques de remédier à la nullité

53. — Les notaires se sont dépensés pour assurer parfaite sécurité aux ascendants donateurs tout en permettant au survivant de bénéficier de la réversibilité ou de son équivalent. Beaucoup des procédés qu'ils ont trouvé ne sont malheureusement pas pratiques, et certains n'échappent même à la nullité que d'une manière illusoire. La Jurisprudence est en la matière d'une sévérité excessive. Elle voit des combinaisons fictives, dépourvues de tout caractère sérieux, dans toutes stipulations dont le but, même lointain, est de remédier à la nullité de l'article 1097 du Code civil (2). Il est inutile de reproduire ici toutes les clauses conseillées. On les trouvera dans tous les ouvrages, même non spéciaux au partage anticipé, qui traitent de la clause de réversibilité. Nous voudrions

(1) Civ., 14 nov. 1865, D. P., 66, 1, 110, aff. Dauthuille. Civ., 26 juillet 1869, D. P., 69, 1, 476, aff. Vigneron et deux autres arrêts identiques du même jour.

(2) Notamment les deux arrêts précités de la Chambre civile, Dauthuille et Vigneron.

simplement suggérer deux combinaisons qui passent souvent inaperçues.

54. — La première est spéciale à l'usufruit des valeurs de bourse. Les époux distribuent celles-ci entre leurs descendants sans rédiger d'acte, ce qui élude toute perception fiscale, puisqu'il n'existe aucune trace du transfert ; ou bien en rédigeant un acte muet sur l'usufruit. Ils détachent et conservent les coupons d'intérêts, s'il s'agit d'obligations, ou les coupons de dividendes s'il s'agit d'actions, en ne remettant aux enfants que les titres nus, ce qui est licite comme donation restreinte à la nue propriété. A la mort du prémourant, le conjoint garde pour lui seul les coupons, et personne ne peut l'en empêcher. Si les enfants lui en réclament la portion qui doit entrer dans la succession du défunt, il répond la tenir de son conjoint, en vertu d'un don manuel parfaitement valable comme non réciproque et réductible seulement à la quotité disponible entre époux s'il la dépasse.

La séparation de tous les coupons n'est pas un obstacle à la négociation des titres par les enfants après la réunion de l'usufruit à la nue propriété entre leurs mains par le décès du survivant. Il suffit de joindre les coupons non encore échus au titre lui-même. Mais les titres ne contiennent en général qu'un nombre assez restreint de coupons, ne représentant quelquefois qu'une dizaine d'années d'intérêts réguliers pour les obligations. Si la feuille de coupons est épuisée avant sa mort, le survivant a besoin d'un nouvel accord des enfants pour détacher les coupons de la feuille renouvelée.

En outre ce procédé ne peut servir que pour les titres au porteur. L'immatriculation distincte de l'usufruit des titres nominatifs et de leur nue propriété ne se fait qu'en vertu d'une convention écrite ; les agents de change ne s'y prêtent pas autrement. Et s'il existe une convention écrite, encore que secrète, elle ne peut être que réciproque dans le même acte, donc nulle.

55. — Pour la rente viagère, un autre moyen consiste dans la stipulation par chaque époux en son nom personnel d'une rente viagère égale à celle qu'il désire recevoir après le décès de son conjoint, mais en consentant, soit dans le même acte,

soit plutôt dans un acte postérieur pour dérouter les investigations du tribunal, que les débiteurs ne payent que la moitié de cette rente tant que les deux époux vivront ensemble, en raison de l'économie que leur procure la vie commune :

*M. et M<sup>me</sup> ..., donateurs, ne consentent la présente donation-partage qu'à charge par chaque donataire de servir dans les proportions ci-après indiquées à chacun d'eux une rente annuelle et viagère de 6.000 francs, payable, etc..., et qui s'éteindra par la mort de chaque crédirentier. Toutefois, en raison de l'économie de dépenses qui résultera pour M. et M<sup>me</sup> ... de ce qu'ils vivent en ménage commun, chacun d'eux consent que les donataires chargés du service de la rente ne lui versent annuellement que 4.000 francs, déclarant faire donation auxdits donataires des 2.000 francs annuels de surplus. Mais il est expressément stipulé que le service intégral de la rente de 6.000 francs reprendra au profil de chacun des donateurs le jour où pour un motif quelconque les époux... viendraient à vivre séparément et sans communauté de dépenses.*

Il ne faut pas cependant trop se faire d'illusions sur l'efficacité de ce procédé, étant donnée l'investigation abusive à laquelle se livre la jurisprudence. D'autre part, le fisc est fondé à percevoir un nouveau droit de donation en ligne directe descendante sur la portion de rente viagère dont il est fait remise aux donataires (1).

---

(1) Voir pour le surplus sur la question de réversibilité entre autres ouvrages, Maguéro, *V<sup>o</sup> Réversion*. Thèse Tréca, Paris 1904. Thèse Hugues, Paris 1927: Javon, *J. Not.* 1923, pages 681 et suivantes : « De la réversibilité des réserves usufructuaires et viagères dans le partage d'ascendant. » Bernard, *Rev. Not.*, 1927, 1, 193 : « Réversibilité des pensions viagères entre époux. »



## TITRE II

### LA NOTION DE CONJONCTIVITÉ

---

#### CHAPITRE PREMIER

##### Conception de la conjonctivité fondée sur l'indivisibilité de l'acte

---

56. — Il s'agit maintenant d'examiner, non plus l'institution elle-même, mais le caractère qui l'individualise : la conjonctivité. On l'a déjà signalée comme la fusion en un seul acte juridique de deux partages anticipés qu'il devient impossible de scinder (n° 12). Dans cette sommaire esquisse percent les deux éléments constitutifs de la conjonctivité : la dualité des successions et la confusion des effets dépendant de ces successions.

Pour être conjonctif, un partage d'ascendant doit distribuer des biens qui en son absence seraient dévolus aux attributaires actuels à titre successif du chef de deux individus différents ; plus spécialement du chef de deux époux, puisque nous nous limitons au partage d'ascendant conjonctif émanant des époux (n° 14). *Cette dualité requise est celle des successions et non celle des patrimoines.* On peut en effet reconnaître plusieurs patrimoines à un même individu. Or le partage anticipé de biens composant les divers patrimoines d'une même personne, par exemple pour une femme dotale de ses biens réservés et de ses paraphernaux confondus ne constitue qu'un seul partage d'ascendant. Il est vrai que la disposition de l'article 1075 du Code civil, pouvant n'être que partielle,

est la distribution anticipée non d'une succession entière, mais d'une seule masse homogène de biens dont l'ampleur est déterminée à sa guise par le disposant ; le sort du surplus sera réglé par le partage de la succession *ab intestat* sans que ce partage puise ses bases dans la distribution anticipée (article 1077 du Code civil) ni prenne pour directive de la compléter. Mais le partage d'ascendant n'en est pas moins une répartition faite à titre successif, entre des copartagés qui sont aussi des cohéritiers, où tous les biens appartenant au disposant s'équivalent à titre héréditaire, quelles que soient leur nature et leur origine.

La confusion des effets dépendant des deux hoiries est en outre nécessaire, de sorte que le lotissement ne puisse être maintenu si la disposition des biens d'un des époux est sans effet ; que le partage anticipé du père ne puisse être distingué de celui de la mère, être envisagé à part, ni rester efficace séparément. Il faut en d'autres termes que les conjoints groupent en une seule masse de partage les effets qui composeront leurs deux successions pour les répartir entre les enfants communs sans tenir compte de l'origine paternelle des uns et maternelle des autres : pour former le lot qui remplit son attributaire de ses droits à la fois dans l'héritage de son père et dans celui de sa mère, ils prennent indifféremment des effets paternels ou des effets maternels, sans autre souci que celui des convenances des copartagés et des facilités de la répartition. L'opération constitue bien alors une œuvre unique et indivisible : c'est un partage d'ascendant conjonctif.

Ce second principe ne doit pas être interprété dans un sens et comme une exigence qui seraient ineptes. Il reste toujours possible de déterminer en valeur la contribution effective du père et celle de la mère à la donation dans son ensemble ; leur rapport proportionnel a même une grande importance. L'origine réelle en nature de chaque bien pris en particulier ne disparaît pas non plus. On sait toujours que tel effet qui se trouve au lot d'un enfant appartenait auparavant à son père et non à sa mère et qu'il est un ancien propre paternel. Mais ce qu'on exige, c'est l'impossibilité absolue de connaître si c'est pour remplir son attributaire de ses droits dans la succession de son père qu'il lui est donné ou si au contraire il ne lui est pas aussi attribué du chef de

sa mère comme équivalent et comme subrogé à des biens de celle-ci mis dans d'autres lots en quantité supérieure à la participation qu'elle devrait prendre à leur formation. Ce qui est essentiel au caractère conjonctif du partage anticipé, étant donné que tout bien y compris est, d'une part avant l'acte propriété d'un des ascendants, et d'autre part après l'acte reçu par un descendant à titre de transmission héréditaire du chef d'un des époux donateurs, ce n'est même pas l'absence obligée de concordance entre l'origine de propriété paternelle et l'attribution paternelle, mais l'*impossibilité de se baser juridiquement sur cette concordance*.

57. — En France, les époux qui ne font pas de contrat de mariage sont régis d'office par les règles de la communauté légale. Un certain nombre de ceux qui stipulent dans un contrat leurs conventions matrimoniales adoptent la société d'acquêts, soit pure et simple, soit jointe au régime dotal. Les époux mariés sous un régime de communauté sont ainsi la majorité des époux français. Or, ils ne possèdent pas seulement des biens personnels à chacun d'eux ; ils ont aussi une masse de biens indivise sur laquelle les droits de chacun ne sont déterminés qu'à la dissolution de leur association pécuniaire. S'ils comprennent cette masse dans leur partage d'ascendant unique en la forme, celui-ci constitue de lui-même un acte juridique unique, car la répartition de tels biens est obligatoirement indivisible quant à la provenance paternelle ou maternelle des effets y compris, au moins jusqu'à la dissolution de la communauté. L'imprécision forcée des droits de propriété sur eux empêche chaque époux de faire sur eux une disposition distincte et indépendante. La nature des biens rend une d'office la disposition à titre gratuit et dispense les donateurs de manifester leur volonté à cet égard : la conjonctivité est inévitable. Le partage anticipé portant sur les biens de communauté de deux époux, quand même il ne serait pas la variété la plus courante de partage d'ascendant conjonctif, en est le type et le modèle puisqu'il présente automatiquement, à raison des effets qu'il distribue, le caractère d'indivisibilité que le fait des ascendants peut seul imprimer aux autres variétés. Dès l'instant qu'il n'y a pas partage préalable entre les époux de la masse des biens

indivis entre eux qu'ils abandonnent à leurs descendants, partage qui serait du reste nul et inopérant en droit durant la communauté comme contraire à l'immutabilité des conventions matrimoniales (1), le partage d'ascendant qui porte sur cette masse est un acte indivisible où s'impose l'abstraction de la double origine des biens. Il suffit que les biens aient la qualité de communs, et que les deux époux possèdent des droits sur la communauté. Ce second point n'est pas à négliger, étant donné que dans certains cas les droits sur la masse commune appartiennent, au moins rétroactivement, à un seul des époux : par suite de la renonciation de la femme, par exemple.

58. — Ce qui entraîne la distinction suivante : il y a deux sortes de conjonctivité pour un partage anticipé. Celle qui provient de la nature même des biens y compris ; et celle qui provient de la volonté des parties ou du moins de leur fait, confusion intentionnelle de biens que leur nature aurait permis de parfaitement distinguer, conjonctivité artificielle. La première n'existe que sous les régimes de communauté. Sous le régime de séparation de biens, sous celui d'exclusion de communauté et sous le régime dotal, il n'y a pas de masse indivise entre les conjoints ; la nature des biens permet toujours de les répartir en tenant compte de leur dualité d'origine s'ils doivent composer deux hoiries différentes. La conjonctivité naturelle reparaît sous le régime dotal avec société d'acquêts, en même temps que la masse indivise. Rien ne s'oppose par contre à ce que les ascendants impriment à leur partage anticipé le caractère conjonctif intentionnel quel que soit leur régime matrimonial. Aucun pouvoir, plus ample que celui de donner les biens par partage anticipé, n'est exigé des ascendants pour imprimer l'indivisibilité conjonctive à leur disposition.

59. — La conjonctivité naturelle ne s'analyse pas différemment de la conjonctivité artificielle. Ses effets et son caractère juridique sont les mêmes. Ses seuls traits parti-

(1) Dalloz, Rép. prat., V° Partage d'ascendant, n° 47, et nombreuses références y citées.



culiers, outre sa cause différente qui est la nature des biens au lieu de la manière de procéder au partage, sont ce fait qu'elle s'impose aux parties qui décident de répartir les biens de communauté et cet autre point qu'elle est temporaire. En effet, ce que chaque époux transmet n'est pas sa part indivise actuelle, mais l'ensemble de ses droits, actuels ou éventuels, sur la communauté ; ce n'est pas une part restreinte par une limite alors inconnue, mais toute la communauté dont il dispose personnellement, le concours du conjoint n'étant nécessaire que pour valider cette disposition totale (1). Ce que les descendants entendent acquérir, ce n'est pas la somme des parts de chaque époux sur les biens communs, mais l'ensemble des droits qui existent sur eux au profit de la réunion des deux époux. Dès que par conséquent les droits de l'un cessent sur la communauté, ou dès qu'il est possible de les déterminer et qu'on le fait par un partage de la communauté, la conjonctivité naturelle disparaît. Elle fait place à la conjonctivité artificielle ou à l'absence de conjonctivité ; à la première si le partage de la communauté entre les époux est tel qu'on ne puisse envisager séparément la répartition des effets attribués à chacun d'eux ; à la seconde dans tous les autres cas : si la liquidation de la communauté telle qu'elle est réalisée rend le partage d'ascendant pleinement divisible, ou si toute la communauté appartient à l'un des époux, par exemple ensuite de la répudiation par la femme ou ses héritiers. Celle-ci rend en effet le mari rétroactivement seul propriétaire de l'actif commun ; transmis aux enfants, cet actif l'est comme biens du mari ni plus ni moins que les propres de ce dernier. Le caractère conjonctif qui provenait de l'indivision des droits des deux conjoints sur la masse commune disparaît avec cette indivision, et seule la conjonctivité artificielle peut subsister. Le partage anticipé reste conjonctif s'il comprend, outre les biens de communauté, les propres ou une partie des propres de l'ascendante, car il réalise encore la répartition sans distinction d'origine de deux masses de biens appartenant à deux donateurs différents : les propres de la femme sont donnés par elle ; les biens de communauté et les propres du mari

(1) Colin et Capitant, t. III, p. 129, de la 2<sup>e</sup> édition, Paris 1921.

le sont par lui. Ce motif fait comprendre que la renonciation de la femme ne supprime pas la conjonctivité si le partage anticipé comprend ses biens réservés, puisque la renonçante conserve tous ses droits sur cette fraction de la masse commune (1) ; les enfants ne reçoivent que d'elle de tels effets dans leurs lots ni plus ni moins que ses propres, après comme avant la répudiation. Le partage anticipé émane encore de deux ascendants sur la communauté ; seule la proportion où chacun d'eux est donateur est modifiée.

60. — La plupart du temps, la conjonctivité intentionnelle complète la conjonctivité naturelle, si les ascendants sont mariés sous un régime de communauté ; en partageant leur actif commun entre leurs descendants, ils sont portés à y joindre leurs propres, en tout ou partie, et, n'ayant pu faire deux répartitions distinctes pour certains biens, ils ne s'appliquent pas à en faire pour les autres. S'ils veulent cependant s'attacher à répartir leurs propres entre chaque lot en égales proportions, il leur est indispensable de faire trois masses : l'une des propres paternels, l'autre des propres maternels, la troisième des biens de communauté, et de distribuer chacune d'elles également entre tous les lots. Le partage anticipé est-il alors conjonctif pour le tout, conjonctif pour partie seulement en tant qu'il porte sur les biens de communauté, ou pas conjonctif du tout ?

Si la conjonctivité est inexistante, c'est qu'on peut partager des biens communs sans que ce partage soit conjonctif : tout ce qui précède sur la conjonctivité naturelle s'effondre. Mais une telle conséquence est inadmissible, car il n'est pas de conjonctivité plus typique que l'abstraction d'origine imposée aux parties parce qu'elles ne peuvent pas faire autrement ; c'est la conjonctivité elle-même qu'il faudrait dénier.

Si la conjonctivité ne peut être que totale quand elle existe, il suffit d'une infime portion de biens de communauté pour rendre le partage d'ascendant conjonctif pour le tout par un phénomène en quelque sorte de cristallisation. Ce qui est absurde : deux époux qui partagent leurs propres d'une valeur de un million et plus en s'appliquant à composer

(1) Art. 5, § 2 Loi du 13 juillet 1907.

chaque lot d'une égale quantité de propres paternels et de propres maternels font néanmoins un acte conjonctif parce qu'ils ont mis dans un lot un effet commun dont la valeur est de cent francs ou moins ? Et si on n'adopte pas cette solution absolue, où est la limite ? Quand les biens communs compris dans un partage anticipé ont-ils une valeur proportionnelle suffisante pour entraîner la conjonctivité totale de l'acte ?

La seule solution raisonnable est que la conjonctivité peut être partielle pour un même partage anticipé. Il existe alors trois partages anticipés accolés : celui du père, celui de la mère et celui de la communauté, ce dernier seul conjonctif. En fait, presque inévitablement le partage anticipé partiellement conjonctif se comporte comme un partage d'ascendant totalement conjonctif : si la répartition des biens du père et celle des biens de la mère sont indépendantes entre elles et distinctes, le partage d'ascendant du père et celui de la communauté d'une part, celui de la mère et celui de la communauté d'autre part ont des liens étroits d'interdépendance. Le partage anticipé de la communauté est donc un noyau qui unit les éléments distincts, les rend connexes et les fait dépendre les uns des autres, de sorte que l'ensemble est difficile à partager.

Qu'on ne vienne pas faire au partage d'ascendant conjonctif pour partie seulement l'objection suivante : l'abstraction d'origine des biens n'est pas nécessaire à la conjonctivité puisqu'on peut faire un acte conjonctif en tenant compte de l'origine paternelle, maternelle ou commune. Il est vrai qu'on respecte l'origine des biens dans le partage d'ascendant partiellement conjonctif, mais précisément il n'est conjonctif que sur les biens de la provenance desquels il est impossible de tenir compte.

61. — L'intention des parties est impuissante à rendre conjonctif le partage anticipé où n'existe pas la confusion des biens en une seule masse de partage, abstraction faite de leur provenance, car rien ne s'oppose alors à la divisibilité et celle-ci est la règle normale du partage anticipé fait par deux époux, dont la conjonctivité est l'exception parce qu'elle suppose un élément de plus, un caractère pour ainsi dire supplémentaire : l'esprit imagine moins naturellement, moins

simplement la complexité de l'acte conjonctif que l'existence d'autant de partages anticipés distincts qu'il y a d'ascendants donateurs, l'inextricabilité des liens de droit que leurs indivisibilité et concordance régulières.

Ce dernier principe de l'impuissance de la volonté des parties appelle cette constatation que les époux ne sont pas toujours libres de faire un partage d'ascendant conjonctif en y comprenant leurs deux fortunes. Ils se heurtent parfois à un obstacle : la *fongibilité des biens* qui les rend impropres à la confusion requise pour la conjonctivité.

D'après la cour d'Agen (1), l'unité de lotissement après des estimations distinctes des deux successions ne rend pas le partage d'ascendant indivisible quand les biens partagés ne consistent qu'en argent. Précisons bien la solution de cet arrêt : ce qui empêche l'unité de lotissement d'entraîner la conjonctivité n'est pas l'estimation des deux masses, comme le pourrait laisser croire une lecture rapide de l'arrêt ; c'est l'incapacité de l'argent liquide à avoir une origine propre, paternelle ou maternelle. La nature même de la monnaie exige qu'élément de calcul et instrument d'échange elle soit incapable de conserver l'empreinte des appropriations individuelles successives dont elle est l'objet. Les billets de banque sortis du portefeuille du père n'ont rien de particulier vis-à-vis de ceux qui appartenaient à la mère, lorsqu'ils sont mêlés à eux : tous sont identiques. Au contraire un immeuble ou un objet mobilier non fongible possède des caractères d'individualité qui permettent de le reconnaître comme ayant appartenu à tel des époux.

La fongibilité des biens exclut donc la conjonctivité du partage d'ascendant : puisqu'ils n'ont pas d'origines particulières, comment les partager sans distinction d'origine ? Un exemple aidera à le comprendre : Si deux ascendants, dont chacun possède pour toute fortune un immeuble propre de valeur égale, donnent conjointement un de ces immeubles à chacun de leurs deux enfants, ils font un partage d'ascendant conjonctif, parce que leur lotissement ne met pas dans chaque lot une égale quantité en nature de biens paternels et de biens maternels, mais dans l'un exclusivement un effet

(1) Aff. de Péret, 20 avril 1864. D. P., 64, 2, 109. S., 64, 2, 92.



paternel et dans l'autre exclusivement un effet maternel. S'ils préfèrent vendre leurs immeubles propres pour en distribuer les prix entre leurs deux enfants, le père a beau avoir l'intention de donner à l'un les espèces mêmes qu'il a reçues de son acquéreur, et la mère celle de donner à l'autre les espèces mêmes qu'elle a reçues en paiement de son immeuble, le partage d'ascendant s'il est unique n'est pas conjonctif, parce que l'argent liquide mis aux lots des enfants est par la force des choses impuissant à empêcher la divisibilité de l'opération. Quelle que soit la provenance effective des espèces monnayées, elles se fondent immédiatement entre elles parce qu'elles ne valent et n'ont de sens que comme instrument de calcul.

62. — Ce qui est vrai de l'argent liquide doit s'entendre de tout ce qui est fongible, quelle qu'en soit la nature, mais seulement de ce qui est fongible. C'est ainsi que le principe s'étend aux valeurs mobilières de bourse au porteur quand leur qualité de propres à l'un des époux n'est pas intimement liée à elles par suite des circonstances : toutes les fois par exemple que les deux époux possèdent des valeurs semblables. Mais en aucun cas, il ne s'applique aux valeurs nominatives qu'il faut faire transférer au nom des descendants. Il ne s'applique pas davantage si les circonstances ne permettent pas d'établir la contribution effective de chaque ascendant à la formation de la masse unique de partage comprenant des effets fongibles : si, par exemple, les efforts des parties restent impuissants à déterminer la somme fournie par l'un et par l'autre dans la distribution d'argent liquide. Ce qui a lieu notamment pour la conjonctivité naturelle que la fongibilité ne saurait empêcher. Si les biens fongibles dépendent d'une communauté existante, ou non liquidée, leur répartition n'en demeure pas moins indivisible puisqu'on ignore les droits respectifs des époux sur ces biens. Il est vrai qu'on pourra les connaître lors de la dissolution de la communauté par la liquidation et qu'en ce cas la conjonctivité ne sera que temporaire, la fongibilité reprenant tout son empire plus tard.

Complétons donc et précisons ce qui précède sur la fongibilité en disant que celle-ci n'exclut la conjonctivité, quelle

qu'elle soit, *qu'autant que la participation de chaque époux à l'ensemble de l'acte est établie distinctement*. Il y a lieu d'approuver en tous points la formule de l'arrêt précité d'Agen.

---

## CHAPITRE II

### Discrimination de la conjonctivité

---

63. — Discerner si la conjonctivité existe ou n'existe pas dans un cas donné consiste à rechercher si les deux éléments qui la caractérisent sont ou non réunis. La constatation du premier de ces éléments, la dualité des successions, est une vérification de pur fait qui ne saurait engendrer aucune difficulté : on ne peut hésiter sur le nombre des successions anticipativement réparties ; elles sont une ou deux, sans moyen terme. Il en est encore ainsi pour l'autre élément en tant qu'il découle nécessairement de la qualité des biens compris à l'acte, c'est-à-dire pour la conjonctivité naturelle. Mais pour la conjonctivité artificielle, il est plus malaisé à reconnaître : la confusion des deux sortes de biens est plus ou moins apparente, comme aussi plus ou moins complète. Pour trancher la question en fait, il faut un principe directeur : un critère.

La conjonctivité artificielle résultant de ce que la volonté des époux imprime le caractère d'une opération indivisible à la répartition de biens qui étaient distincts dans leur origine comme provenant les uns d'un époux qui les possédait dans l'exclusivité et les autres de son conjoint, le problème de son existence est le problème de l'interprétation de la volonté des parties telle qu'elle se révèle d'après les circonstances. C'est sur cette intention qu'on doit se baser pour rechercher s'il y a confusion ou non. C'est elle seule qui peut imprimer le caractère conjonctif à un partage anticipé portant sur deux hoiries, et non les dispositions de fait en elles-mêmes qui ne sont que le miroir de cette intention ; l'indice qui la trahit.

La question du critère est une question d'espèce, qui varie

avec chaque partage d'ascendant à examiner, et c'est une question de fait, soumise à l'appréciation souveraine du juge du fond et échappant au contrôle de la Cour de cassation. La diversité des solutions jurisprudentielles en la matière n'a donc pas à étonner, non plus que la multiplicité des critères présentés ; on les passera successivement en revue en commençant par ceux qui manifestement sont les moins satisfaisants pour terminer sur celui qui semble le meilleur.

64. — Plusieurs arrêts déclarent conjonctif un partage d'ascendant en se basant sur ce qu'on ne peut scinder l'acte et attaquer le partage d'un époux sans mettre en question celui de son conjoint, ou bien sur ce que la solidarité des clauses émanant du père et de la mère est telle que l'acte nul pour partie ne puisse pas ne pas l'être nécessairement pour le tout, ou encore sur ce que la répartition des patrimoines paternel et maternel constitue un ensemble de dispositions qu'il est impossible de diviser, un pacte de famille dont on ne peut supprimer un des éléments, tous coordonnés par un lien commun, sans en détruire le caractère et la portée.

Ce sont là des conséquences de l'indivisibilité et non des critères, des effets de la conjonctivité et non des indices permettant de la reconnaître.

65. — D'autres ont cru trouver le critère cherché dans le sens ou dans l'étendue des charges stipulées à l'acte, soit qu'elles conditionnent à la fois la libéralité du père et celle de la mère (1), soit qu'elles portent sur l'universalité des biens partagés. Or, le fait qu'un avantage conditionne non seulement la libéralité de celui des ascendants qui doit en profiter mais encore celle de son conjoint est un indice qui peut éclairer sur l'intention des parties, qui peut même plus spécialement prouver la communauté, l'identité d'*animus donandi* chez les deux ascendants, mais qui n'implique pas en lui-même indivisibilité et interdépendance des deux répartitions. De même la stipulation qui fait porter un usufruit ou toute autre charge sur la totalité des biens n'est pas une preuve que leur partage est indivisible, malgré l'opinion

(1) Aff. Boisset, Civ., 18 juin 1867. D. P., 67, 1, 275.

contraire de M. Devismes dans sa thèse (1). Il n'est rien d'incompatible à distinguer dans la répartition les biens qui viennent de chaque ascendant puis à stipuler un usufruit sur l'intégralité de tous les lots. Il est loisible à l'usufruit d'exister sur la totalité des deux patrimoines aussi bien lorsque les époux conviennent de faire deux partages anticipés accolés qu'un seul partage d'ascendant conjonctif. C'est donc que les charges sont indépendantes de la conjonctivité de l'opération ; elles n'ont aucune influence sur le caractère de la répartition qui peut être divisible malgré leur indivisibilité ; leur prise en considération ne donne pas un critère satisfaisant.

66. — Le seul critère qui paraisse acceptable est le critère tout empirique suivant :

Les biens qui viennent en nature du père et ceux qui viennent en nature de la mère sont distribués respectivement entre les divers enfants avec une inégalité et une confusion telles que le lotissement comprend des lots où la proportion des biens paternels et des biens maternels ne correspond aucunement à la proportion des quotités fournies comparativement par le père et par la mère à l'ensemble de la masse de partage. *Cette inégalité révèle à n'en pas douter que les époux ont considéré comme une seule masse leurs biens à l'un et à l'autre, et ont puisé indifféremment parmi eux pour les partager en ne tenant compte que du nombre d'enfants à pourvoir, en faisant abstraction de leur origine paternelle ou maternelle.*

L'exemple suivant illustrera ces formules abstraites : Un partage d'ascendant répartit une masse de biens dont la valeur est de 25.000. La valeur des effets paternels est par hypothèse de 10.000 et celle des effets maternels de 15.000. Le partage a lieu entre cinq enfants dont chacun reçoit un lot de 5.000. Le premier ne reçoit rien de sa mère et c'est son père qui lui fournit les 5.000 qui le remplissent de ses droits. Le second reçoit une égale quantité de son père et de sa mère, soit 2.500 de chacun. Le troisième reçoit 1.500 de son père et 3.500 de sa mère. Le quatrième ne reçoit que 1.000 de son père et 4.000 de sa mère. Enfin le

(1) Thèse Paris 1900.



dermier reçoit de sa mère l'intégralité de son lot. Il est impossible dans ces conditions d'envisager séparément le partage des biens du père et celui des biens de la mère, puisque si l'on appréciait à part l'acte du père comme un partage anticipé distinct, un des enfants serait omis, l'un recevrait 5.000 et les autres 2.500, 1.500 et 1.000, répartition qui ne saurait constituer un partage tant elle serait bancale. Le partage d'ascendant en tant qu'il distribue les biens du père postule nécessairement de la part de la mère un acte analogue, mais contraire et complémentaire. Il n'est un partage d'ascendant régulier que par sa connexité avec celui de la mère. Ce partage d'ascendant est bien conjonctif.

67. — Sans doute, ce critère est sûr, en ce sens qu'on ne peut pas le trouver dans un partage anticipé non conjonctif, et absolu en ce sens qu'on ne rencontre pas de partages d'ascendant qui soient conjonctifs sans satisfaire à sa règle, mais il est un peu flou parce que l'inégalité de répartition entre les divers lots des biens d'un même patrimoine n'est pas toujours aussi apparente qu'on vient de l'indiquer ; pour la bien faire voir, l'exemple la grossit.

Pour les partages anticipés qui ne présentent pas clairement ce critère, il appartient aux tribunaux, ou aux parties s'il n'y a pas lieu à procès, au notaire par exemple, d'examiner si le caractère conjonctif n'existe pas néanmoins suivant les circonstances de chaque cas. On voit donc l'utilité qu'il peut y avoir pour les ascendants donateurs à stipuler en termes exprès leur intention d'imprimer à leur acte le caractère conjonctif. Ils peuvent même préciser qu'ils imposent l'unité de lotissement comme une condition essentielle de leur propre libéralité, non seulement pour la formation actuelle des lots, mais pour chaque fois qu'il y aura lieu d'envisager l'acte en droit. Le fait par un descendant d'exercer une action quelconque dont le sens est d'apprécier l'acte distinctement du chef d'un seul époux, de violer en d'autres termes le caractère conjonctif, donne alors ouverture au droit de révocation comme inexécution d'une condition. Cette clause expresse est donc doublement utile : comme indice de la conjonctivité et comme sanction. En tant que critère, elle coupe court à toutes difficultés, car si son indication n'est pas en

opposition flagrante avec un lotissement qui distribue une égale quotité des biens paternels et des biens maternels à chaque enfant, elle doit être écoutée.

68. — Il reste à faire la contre-épreuve et à indiquer un critère de la divisibilité. Un premier critère pourrait être extrait d'un arrêt de Montpellier (1) : Dans la répartition telle qu'elle a été fixée d'un commun accord, chaque époux n'a pu et voulu régler que le sort de ses biens personnels, sans que le partage par lui fait conditionne en même temps celui des biens de son conjoint. La formule ne semble pas mauvaise, mais il est impossible d'en faire un critère pratique : ce serait résoudre la question par la question. Comment savoir si chaque époux a voulu régler ou non le sort de la fortune de son conjoint en même temps que celui de la sienne ? et à supposer en droit qu'un époux puisse régler le sort d'une succession autre que la sienne.

69. — D'après la cour d'Agen (2), le partage d'ascendant n'est pas conjonctif, s'il est encore possible d'y déterminer les droits respectifs de chaque époux. Ce critère est inadmissible puisqu'il est toujours possible de déterminer la participation effective de chaque époux à la libéralité, en valeur et en nature ; pour y arriver du reste, il suffirait d'établir la liquidation théorique de sa succession, au besoin de la communauté ; cette opération serait sans influence sur la conjonctivité et ne détruirait pas l'indivisibilité des actes des deux époux ; on verra plus loin que cette détermination est même nécessaire chaque fois qu'il y a lieu d'appliquer du chef d'un seul ascendant un droit ou un effet juridique quelconque.

70. — D'autres arrêts ont employé une formule dont l'exigence est plus précise : « L'acte distingue nettement les deux patrimoines en indiquant leur origine et leur consistance (3). »

(1) Aff. Bouysson, 27 février 1893. D. P., 94, 2, 303.

(2) Aff. Pujos, 17 novembre 1856. D. P., 56, 2, 297. Aff. Lasserre contre Régimbeau, 1<sup>er</sup> juin 1858. D. P., 59, 1, 494.

(3) Aff. Lagardère, Agen, 7 juin 1861. D. P., 61, 2, 116. Aff. Bouysson, Montpellier, précitée.

Ce motif, suffisant pour fonder la solution particulière de chacun de ces arrêts, devient incomplet si on veut le transposer tel quel en critère général. Il ne peut suffire en effet pour empêcher toute conjonctivité artificielle que la consistance des deux successions soit établie distinctement pour l'ensemble de l'acte : elle l'est presque toujours, au moins d'une manière imprécise et indirecte. Ce qu'il faut pour l'acte vraiment divisible, c'est que cette consistance distincte *se retrouve dans chaque lot*.

Ainsi complété, ce critère est le seul admissible. La répartition des biens du père et celle des biens de la mère ne constituent vraiment des actes juridiques indépendants en droit et séparables en fait que si chaque lot reproduit la dualité des dispositions, que si chaque enfant peut considérer dans les biens qu'il reçoit deux portions : l'une qui lui vient réellement et uniquement de son père comme le remplissant de ses droits héréditaires dans la succession future de celui-ci, au moyen d'effets ayant appartenu à celui-ci mis en son lot en quantité suffisante et non supérieure à ses droits éventuels ; et une autre qui lui vient réellement de sa mère dans les mêmes conditions. Peu importe que ces deux portions ne soient pas rigoureusement égales aux portions respectives correspondantes des autres lots, car la divisibilité des partages anticipés ne requiert pas l'équilibre absolu de toutes les portions paternelles des différents lots entre elles, et celui de toutes les portions maternelles. Il suffit que l'inégalité ne soit pas assez importante entre les émoluments du père dans les divers lots pour enlever le caractère d'un partage à l'ensemble des portions paternelles considérées à part.

Ce critère est lui aussi assez flou. Il existe inévitablement entre les actes qui sont certainement conjonctifs et ceux qui ne le sont certainement pas une marge flottante qu'il semble malaisé de réduire davantage. Une plus grande précision du critère n'est obtenue qu'aux dépens de son exactitude.

## CHAPITRE III

### Analyse de la conjonctivité

---

#### SECTION I

#### *Énoncé d'une théorie de la conjonctivité*

71. — La conjonctivité est l'impossibilité juridique, dans un partage d'ascendant portant sur des biens qui appartiennent à deux époux d'envisager séparément la répartition des biens du mari et celle des biens de la femme.

Dans tout partage anticipé collectif, qu'il soit conjonctif ou non, chaque lot est composé de deux portions : l'une paternelle et l'autre maternelle. Dans celui qui n'est un qu'en la forme et divisible au fond, c'est-à-dire non conjonctif, la portion paternelle, dans l'ensemble de l'acte et dans chaque lot, comprend les effets qui viennent réellement du père, qui se trouvaient auparavant dans son patrimoine, qui ont été transmis par lui et rien que par lui, et qui ne sont partagés qu'en considération d'eux-mêmes en un lotissement distinct qui se suffit à lui-même. De même pour la portion maternelle. Chaque fois qu'il y a lieu d'appliquer dans un lot un effet juridique spécial à l'un des ascendants donateurs, on recherche l'origine réelle des biens qui le composent et on ne se sert que d'elle pour déterminer la fraction qui seule est soumise au droit envisagé comme venant du père ou de la mère.

Quand le partage anticipé est conjonctif, les deux répartitions forment un tout indivisible : celle des biens d'un époux ne peut subsister sans celle des biens de l'autre. Il en est ainsi parce que la conjonctivité rend indépendantes dans le partage d'ascendant la transmission des biens et leur répartition ; elle affranchit la première de l'égalité nécessaire qui est l'essence même de la seconde. Dans le partage anticipé ordinaire, les



donations que constituent les divers lots doivent être égales entre elles ; sinon l'acte n'est plus un partage. L'égalité, essence de la répartition, est exigée de la transmission elle-même qui ne peut qu'être égale comme la première est égale. Dans le partage d'ascendant conjonctif au contraire, deux libéralités alimentent une seule distribution ; il suffit que cette dernière soit égale pour tous les enfants. L'égalité n'est plus requise dans chaque lot de chaque donation paternelle ou maternelle séparément, mais seulement de l'ensemble d'elles deux complétées l'une par l'autre. La libéralité se trouve ainsi *débrayée* de la répartition. C'est là du reste l'intérêt pratique de la conjonctivité que la libéralité de chaque époux soit affranchie du souci de l'égale distribution, ce qui permet une plus large latitude dans la composition des lots.

Il est aisé de comprendre que si on supprime ce qui vient du père dans le lotissement unique des deux masses qui seul s'inquiète de l'égalité entre les descendants, il ne reste plus que les débris informes d'un acte juridique partiellement détruit, attributions inégales et sans liens entre elles à divers enfants et peut-être même pas à tous (cf exemple du n° 66). Ce n'est qu'un ensemble de libéralités en ligne directe descendante, mais ce n'est plus un partage d'ascendant. Il n'y a plus lotissement ni partage puisque l'égalité qui en était l'âme a disparu. Supprimer la participation d'un époux, c'est supprimer dans le partage anticipé l'élément de partage pour ne laisser subsister que partiellement celui de libéralité. Le partage d'ascendant conjonctif auquel on enlève sa conjonctivité perd par le fait même son caractère de partage d'ascendant ; répercussion curieuse du caractère accessoire sur sa nature même.

Ce qui est vrai de la suppression en fait de la participation d'un des époux est vrai aussi de son isolement fictif : on ne peut faire abstraction de la contribution d'un conjoint dans le partage d'ascendant conjonctif sans le dénaturer complètement. Du reste, ce serait violer manifestement l'intention évidente des ascendants donateurs que de considérer comme scindable un acte qu'ils considèrent comme homogène ; s'ils n'ont pas tenu compte de l'origine des biens, en tenir compte c'est envisager l'acte autrement qu'eux, donc en forcer l'interprétation.

72. — Et cependant, il y a des cas où il faut nécessairement n'apprécier l'acte que du chef d'un seul époux : par exemple, pour la répartition des dettes, pour l'exercice du droit de retour, ou en cas d'inexécution des charges. Comment faire pour ne pas dénaturer le partage d'ascendant conjonctif ?

Un seul procédé est conciliable avec le caractère de l'acte pour faire la scission nécessaire d'un lot en deux portions dont l'une soit paternelle et l'autre maternelle. Ne pas tenir compte de l'origine réelle des biens mis en ce lot, mais décider que fictivement certains biens, quoique fournis par le père, doivent être censés provenir de la mère ou réciproquement.

73. — Cette fiction s'applique-t-elle toujours par moitié sur chaque bien mis en un lot ? L'article 1438 du Code civil pose cette règle pour la constitution de dot faite par les deux époux. L'application de cet article au partage d'ascendant conjonctif aurait cette conséquence que les époux ne seraient pas quittes entre eux par leur libéralité. Il est indispensable de remarquer qu'en fait leurs fortunes respectives ne sont jamais rigoureusement équivalentes : l'une est toujours plus importante que l'autre. Les biens que chacun apporte à la masse de partage sont de valeurs inégales si l'abandon des ascendants est universel, et ils le seront encore très généralement si cet abandon n'est que quasi-universel. Si les époux sont censés donner chacun la moitié de cette masse de partage, récompense est due nécessairement par l'un à l'autre de la différence entre cette moitié en valeur et la quotité qu'il apporte en fait. Conséquence inacceptable : il est inconcevable que l'abandon de tous leurs biens fait de concert par deux époux aboutisse à faire naître entre eux une dette à la charge du moins fortuné.

Le sens de la fiction de l'article 1438 la fera aussi rejeter ici : il est de faire supporter par chaque époux une partie de la constitution de dot faite par eux à l'enfant commun et de déterminer dans quelles proportions. Si les époux ont indiqué la quotité pour laquelle chacun entend contribuer à cette donation, leur volonté est suivie ; s'ils n'ont rien prévu, la loi intervient pour poser en principe qu'ils participent chacun pour la même portion. Si elle en décide ainsi, c'est par interprétation logique de leur silence. Mais il s'agit là d'une dona-

tion d'un effet particulier ou d'une quantité déterminée de biens réunis la plupart du temps pour parfaire une somme ronde ; cela résulte clairement du texte de l'article 1438 qui parle notamment de l'*immeuble* ou de l'*effet personnel*, au singulier. S'il s'agit au contraire d'un abandon universel ou quasi-universel, il est beaucoup plus normal, toujours par interprétation logique du silence des parties, de supposer que chacun abandonne personnellement tout ce qu'il a, quoique cela ne forme pas une somme ronde. C'est forcer le bon sens que de supposer chez le plus pauvre l'intention de devoir à son conjoint à raison de cet abandon universel.

Un tribunal en décide ainsi (1), mais sans donner de motif. Les partisans de l'application de l'article 1438 à la matière pourraient s'appuyer sur un motif d'un arrêt de Cassation (2); il suffit cependant de lire les termes de cet arrêt pour voir qu'il n'entend pas se prononcer d'une manière catégorique sur la question et ne fait qu'envisager la possibilité d'appliquer la fiction de l'article 1438 « qui se réfère plus spécialement au cas où une dot a été constituée par contrat de mariage » mais « peut s'étendre aussi, suivant les circonstances, aux divers autres cas où le père et la mère ont fait à leur enfant commun une libéralité destinée à lui procurer un établissement par mariage ou autrement... ». Le singulier, *enfant commun*, laisse suffisamment comprendre que l'arrêt vise les époux qui ont donné à un de leurs enfants une certaine valeur, et non ceux qui ont partagé leur fortune entre leur postérité entière ; et que d'autre part il signifie seulement que de tels époux sont censés, si les circonstances ou les termes de la libéralité ne militent pas en faveur d'une interprétation contraire, avoir constitué chacun pour une même proportion, c'est-à-dire pour moitié, cette masse particulière choisie parmi leurs biens.

La fiction de l'article 1438 ne s'adapte pas au caractère universel du partage anticipé ; elle est trop simpliste et trop absolue. Il faut pour déterminer la fraction paternelle d'un lot, abstraction faite de l'origine des biens qui le composent, user d'une fiction plus souple, calquée exactement sur la

(1) Jugement du Tribunal, aff. Belliard, Poitiers, 16 août 1883. D. P., 84, 2, 133.

(2) Aff. Chevalier, Civ. 29 juillet 1897. D. P., 1900, 1, 582.

valeur des abandons respectifs des époux, qui seule peut être logique et équitable. C'est ce que nous appellerons la fiction conjonctive et qu'il reste à exposer.

74. — Il s'agit de savoir ce qui dans un lot doit être censé provenir d'un des époux. On fait abstraction de la composition de ce lot. On se base sur celle de l'ensemble des biens compris au partage d'ascendant conjonctif. Le patrimoine de l'époux dont s'agit fournit une partie des biens que comprend la masse de partage. On recherche quels sont ces biens, et quelle en est la valeur. Puis on établit, d'après des bases identiques et à la même époque, celle de l'ensemble de la masse de partage. La comparaison des deux chiffres ainsi obtenus donne un rapport proportionnel qui se présente sous l'aspect d'une fraction dont le numérateur est la contribution personnelle de l'époux et le dénominateur l'ensemble des effets partagés. C'est ce rapport proportionnel seul, abstraction faite de toute origine, qu'on applique dans chaque lot chaque fois qu'il y a lieu de ne l'apprécier que du chef d'un seul époux. Quant à la date à laquelle il faut se placer pour faire la double estimation, elle est tantôt celle de l'acte, tantôt celle du décès du survivant des époux, suivant qu'il s'agit d'appliquer la fiction conjonctive au partage d'ascendant considéré comme donation ou comme partage ; l'essentiel est du reste qu'elle soit unique pour les deux estimations.

75. — Trois remarques s'imposent immédiatement :

Le rapport proportionnel qu'est la fiction conjonctive est constant pour tous les lots, et l'époux participe ainsi à la formation de chacun d'eux avec la plus parfaite égalité souhaitable en droit, qu'on pourrait rarement obtenir en fait.

En outre, la fiction conjonctive n'est pas irrémédiablement fixée lors de la passation de l'acte. Elle varie dans la suite en même temps que varie l'équilibre des contributions respectives des époux. Si la femme renonce à la communauté, elle n'est plus censée donatrice des effets qui en dépendent : sa contribution diminue et celle du mari augmente d'autant. Par exemple, si le partage d'ascendant conjonctif comprend des propres du mari d'une valeur de 1.000, des propres de



la femme d'une valeur de 4.000, et l'actif commun d'une valeur de 2.000, les fictions respectives des époux, qui étaient 2.000/7.000 pour le mari, valeur de la moitié (1) de la communauté ajoutée à la valeur totale de ses propres, et 5.000/7.000 pour la femme, soit  $\frac{2}{7}$  et  $\frac{5}{7}$ , deviennent par la renonciation de la femme  $\frac{3}{7}$  et  $\frac{4}{7}$  puisque pour le mari c'est la valeur totale de la communauté (2.000) qu'on ajoute à celle de ses propres (1.000).

Enfin, ce serait fausser le sens de cette fiction que l'appliquer à l'ensemble du lot seulement et de répartir à l'intérieur de celui-ci les biens plus ou moins arbitrairement les uns dans la portion paternelle et les autres dans la portion maternelle. On doit la pousser plus loin et chaque parcelle de biens est censée provenir, quelle que soit son ancienne qualité, en partie du père et en partie de la mère suivant le rapport proportionnel indiqué. Ainsi dans l'exemple qui précède, un propre de la femme mis dans un lot y sera censé donné par elle pour les  $\frac{4}{7}$  ou  $\frac{5}{7}$  suivant son option sur la communauté, malgré que ce propre ait une valeur inférieure de beaucoup aux  $\frac{4}{7}$  ou  $\frac{5}{7}$  du lot où il est mis, et pour le surplus par le mari qui n'en a jamais été propriétaire. On étudiera plus loin le cas où il faut départager matériellement une partie des biens pour les soustraire définitivement d'un lot, par exemple en cas de révocation.

En résumé, au lieu que dans le partage d'ascendant ordinaire, fait par deux époux, les rapports de donateur à donataires n'existent entre l'un d'eux et les descendants que sur les biens qui viennent réellement de lui (n° 11), ils existent dans le partage d'ascendant conjonctif sur une quotité de la valeur de chaque bien égale à la contribution de cet époux à l'acte, quelle qu'en soit par ailleurs la provenance paternelle ou maternelle. En d'autres termes, la portion paternelle d'un lot n'est pas l'ensemble déterminé d'un certain nombre d'objets donnés, mais une quotité de biens purement fictive, toute en valeur, et rigoureusement proportionnelle à la participation respective du père au partage d'ascendant conjonctif. De même pour la portion maternelle.

(1) En principe, et sauf récompenses ou reprises.

76. — Une cour d'appel formule cette fiction de la manière suivante : *Chaque lot, avec quelques biens qu'il soit composé, représente la part du donataire dans l'un et l'autre patrimoine ; il s'ensuit que la libéralité à l'égard de chaque donataire procède de l'ascendant et de l'ascendante dans la proportion de la valeur des biens donnés par chacun d'eux comparée à la valeur de la masse totale* (1). Une autre décision (2) l'applique formellement à son espèce : chaque lot « doit être considéré comme se composant à concurrence de 196/395 de biens provenant de la succession de la mère et 199/395 de biens provenant de la succession du père ».

On voit par cet exemple pris au hasard que le rapport proportionnel est presque toujours une fraction assez compliquée et surtout *différente de 1/2*. Les époux, dont l'un est toujours plus riche que l'autre, ne s'appliquent pas quand ils font un partage d'ascendant, conjonctif ou non, à n'y comprendre la fortune du plus riche que jusqu'à concurrence de la valeur de celle du plus pauvre (cf. n° 73). Certains auteurs et certains arrêts ont le tort de supposer toujours l'égalité des participations des deux ascendants. Bien mieux, un arrêt de Montpellier (3) ne se contente pas de la supposer pour plus de simplicité du raisonnement ; il la pose comme un principe immuable découlant nécessairement de la conjonctivité. Les ascendants en effectuant le partage d'ascendant conjonctif constituent de tous leurs biens une masse indivise. L'arrêt décide qu'en procédant ainsi ils reconnaissent obligatoirement que leurs biens ont une valeur égale ; ils contribuent donc toujours chacun pour moitié à la formation de cette masse, quelles que soient les valeurs respectives des effets par eux apportés. Rien ne justifie cette déduction ; elle suppose gratuitement l'intention des époux ; elle aboutit à rendre l'un d'eux donateur d'une partie des biens de l'autre. En posant ce principe, l'arrêt a mal interprété l'idée de conjonctivité et n'en a saisi ni le sens ni le mécanisme. La confusion de leurs biens sans distinction d'origine ne modifie pas les droits

(1) Bordeaux, 20 mars 1867. *J. Not.*, 19.010, p. 693.

(2) Jugement Trib. Civ., Jonzac confirmé par Poitiers, 9 février 1903. *G. P.* 1903, 2, 113, aff. du Pavillon.

(3) Aff. Vialles, 19 nov. 1897. *S.*, 99, 2, 110. Voir au n° 269 *infra* le texte du passage intéressant de cet arrêt.

de propriété des ascendants et ne rend aucunement chacun d'eux propriétaire de moitié, donc donateur de moitié, comme s'il s'agissait de leur part d'apports à la constitution d'une copropriété indivise, la communauté conjugale par exemple. On comprend que les adversaires de la conjonctivité s'emparent de cette décision erronée pour combattre la notion même de conjonctivité comme aboutissant à une conséquence inadmissible.

## SECTION II

### *Rejet d'une théorie refusant d'appliquer la conjonctivité au partage anticipé en tant que libéralité*

77. — On ne peut éviter l'analyse qui précède qu'en disant avec un arrêt qu'il y a double exhérédation (1) suivie d'une compensation acceptée par chaque enfant. Pourquoi aller chercher si loin, suivant les termes d'une décision (2), « une fiction autrement audacieuse qui consisterait à supposer un contrat qu'aucun des donateurs et aucun des donataires n'a jamais voulu, auquel personne n'a jamais songé un seul instant » ? Puisque les deux époux agissent de concert et simultanément, il est inexact de parler de dédommagement ; l'une des dispositions n'a pas pour but de réparer l'injustice de l'autre. Outre que c'est forcer manifestement l'intention qui résulte de l'acte pour s'attacher mesquinement à sa lettre, il est un peu grotesque, pour justifier et analyser un règlement de famille supposant au plus haut point l'accord de toutes parties, d'imaginer deux époux dont l'un exhérède une partie de ses enfants pour dédommager, en leur donnant toute sa fortune, les autres exhérédés par son conjoint.

78. — L'analyse que nous préconisons a cependant rencontré des adversaires. On a prétendu que la conjonctivité repose sur une notion impossible en fait et illégale en droit.

Et d'abord, impossible en fait (3). L'absence d'origine des

(1) Par le père de sa fille qui n'avait reçu que des biens maternels, et par la mère de son fils qui n'avait reçu que des biens paternels. Jugement Trib. Aff. Belliard, Poitiers, 16 août 1883. D. P., 64, 2, 133.

(2) Jugement Trib., aff. du Pavillon, Poitiers, 9 février 1903, précité.

(3) De Masfrand, Thèse Bordeaux, 1884. Pandectes Belges, vol. 73, V<sup>o</sup> Partage d'ascendant, n<sup>o</sup> 369.

biens n'est qu'un fantôme, puisqu'on peut toujours rechercher cette origine, quoique avec plus ou moins de peine, au besoin en effectuant la liquidation de la communauté dès sa dissolution. Il va de soi du reste que puisqu'il y a deux successions, la division est toujours de droit, quels que soient les obstacles matériels qui se présentent. Qu'est-ce donc que cette soi-disant impossibilité d'envisager séparément le partage des biens de chaque époux ?

Cette objection porte à faux et n'atteint pas la conjonctivité telle qu'elle vient d'être précisée. Les développements précédents constatent à l'envi la possibilité de diviser toujours les deux successions confondues dans le partage d'ascendant conjonctif et celle de reconnaître la provenance paternelle ou maternelle de tous les biens. C'est ce qui sert de base à la fiction conjonctive. La conjonctivité est tout autre chose : ce n'est pas l'obstacle, de fait ou de droit, à établir la division des deux hoiries ; c'est l'impossibilité juridique, à moins de dénaturer l'acte, d'appliquer cette division dans chaque lot lorsqu'elle est obtenue.

79. — Il s'agit donc de savoir s'il est possible à des ascendants de combiner les dispositions que chacun a le droit de faire en vertu de l'article 1075 du Code civil de telle sorte qu'on ne puisse plus juridiquement envisager à part chaque disposition après en avoir déterminé en théorie ou en fait le domaine distinct. C'est dans la réponse négative à cette question que réside la seconde objection faite à la conjonctivité ; elle repose sur deux propositions.

L'ascendant ne peut donner que ce qui lui appartient et non de son chef les biens de son conjoint ; il ne saurait prendre sur eux, pas plus que sur ceux d'un tiers, pour attribuer à l'enfant la quotité qu'il lui doit sur ses biens personnels comme lui revenant à titre de cohéritier. Et le conjoint ne peut compléter avec ses biens le lot d'un enfant lésé par son codonateur ; il n'y a que le défendeur à l'action en rescision qui ait cette faculté. En outre, et c'est la seconde face de l'argument, tout ce qui a trait à la réserve est d'ordre public et l'enfant a le droit absolu de recevoir sa réserve sur les propres biens de celui dont il est héritier réservataire ; les ascendants ne peuvent lui enlever ce droit par leur combinaison. Lors



même que l'enfant consentirait à ce que la conjonctivité soit imprimée à l'acte, son consentement serait nul et de nul effet comme pacte prohibé sur succession future, car ce n'est que le décès ouvrant la succession de chaque ascendant qui lui permet de renoncer à son droit d'égalité avec ses cohéritiers sur chaque succession, et à son droit de recevoir sa réserve sur les propres biens de chaque ascendant. M. de Masfrand concède que la conjonctivité existe légalement tant que vivent les deux ascendants, mais « au décès, l'autorité omnipotente des parents subit les restrictions que lui impose le droit héréditaire des enfants ».

80. — De nombreux arrêts ont cependant reconnu la validité, non seulement de telle ou telle forme de partage d'ascendant conjonctif, mais de la notion de conjonctivité elle-même, c'est-à-dire de cette indivisibilité absolue de l'acte juridique en deux autres actes qu'on puisse envisager séparément. Le dernier en date est un arrêt de Cassation (1) qui reconnaît expressément la validité de la donation-partage par laquelle un époux donne à un enfant moins que la réserve à laquelle il a droit sur ses biens personnels, si cet enfant reçoit en même temps sur la succession de son conjoint une portion supérieure à sa réserve dans celle-ci, de sorte qu'il soit rempli, en tout de ses réserves dans les deux successions. C'est affirmer nettement que la réserve n'a pas à être fournie obligatoirement sur les biens personnels du *de cujus*, pourvu qu'elle le soit intégralement, ce qui seul importe. *La réserve est une quotité de la succession que le réservataire doit recevoir en valeur et non pas en nature* (2). Si, par conséquent, deux successions sont partagées par le même acte, la valeur des deux quotités s'additionne et l'enfant ne peut se baser sur aucun principe pour exiger l'attribution sur chaque succession prise à part de la valeur qui lui est réservée par la loi. Sans doute, s'il y avait à dates différentes un règlement pour chaque succession, il serait contestable que le second règlement effaçât la nullité du premier et pût valablement dédommager par des biens de la seconde succession l'enfant qui n'a pas reçu sa

(1) Civ., 3 mars 1914, D. P., 1916, 4, 70, aff. de Bellefont.

(2) Colin et Capitant, t. III, 2<sup>e</sup> édition, Paris 1921.

réserve dans la première. Mais ici le règlement est unique ; il n'existe pas un instant, même de raison, où l'enfant ait moins que sa réserve dans l'une ou l'autre des successions. D'où il suit qu'il ne peut y avoir pacte sur succession future dans une pseudo-renonciation par l'enfant à un droit qu'il ne possède pas.

En droit belge cependant, il semble malaisé de répondre à l'objection. Ce droit exige, beaucoup plus strict en cela que le droit français, que la réserve légale soit fournie aux héritiers en corps héréditaires mêmes (1). Comment la conjonctivité peut-elle dans ces conditions permettre d'allotir les enfants en biens d'un seul époux pour les remplir de leur réserve dans les successions de tous deux ? Et cependant on ne conteste pas à l'heure actuelle, en Belgique, la validité de la conjonctivité, telle que la notion vient d'en être précisée (2).

81. — Il est d'autre part foncièrement inexact de dire que l'ascendant donne de son chef des biens de son conjoint. Chaque ascendant ne donne que ce qui lui appartient. S'il est censé lorsqu'il s'agit d'envisager un lot à part en avoir fourni une portion ne correspondant pas à celle qui se compose des effets dont il avait la propriété et que seuls il y a réellement mis en fait, on a bien précisé que ce n'est là qu'une fiction nécessaire à l'appréciation équitable de l'acte ; et que cette fiction n'a pas pour effet de rendre un ascendant donateur de biens dont il n'est pas propriétaire.

82. — M. Chauvin (3) part de cette base pour opposer à la conjonctivité une objection d'un autre genre. Il en admet le principe, mais limite ses effets au partage anticipé en tant que partage et combat son application au partage anticipé en tant que donation. En réunissant leurs biens en une seule masse indivisible, les époux ne se sont proposé que le partage de leurs biens ; ce partage s'effectue par donation parce qu'il a lieu entre vifs ; mais c'est fausser l'intention des parties

(1) Pandectes Belges, V<sup>o</sup> Partage d'ascendant, n<sup>o</sup> 369, vol. 73. Gand, 30 mars 1904, S., 1906, 4, 33.

(2) M<sup>e</sup> Kluyskens, le partage d'ascendant conjonctif, *Belgique Judic.*, 27 avril 1919.

(3) Thèse, Poitiers, 1910, pages 106 à 109.

que d'appliquer à la donation les conséquences de l'indivisibilité établie dans le seul but de la distribution ; si, grâce aux effets de cette indivisibilité, les enfants sont également remplis de leurs droits dans les successions paternelle et maternelle, quelle que soit l'origine des biens qui composent leurs lots, ils ne sont néanmoins donataires de leur père que pour les biens qu'ils ont effectivement reçus de lui, et de leur mère que pour les biens qu'elle possédait elle-même et qu'elle leur a attribués ; les biens ont beau être réunis en une masse unique, ils n'en conservent pas moins leur origine propre.

83. — Exacte pour deux partages anticipés accolés en la forme, cette théorie n'est pas soutenable pour le partage d'ascendant conjonctif qui constitue une œuvre juridique unique. La conjonctivité naturelle d'abord s'impose aux parties dans la libéralité comme dans le partage puisqu'elle résulte de l'impossibilité absolue de connaître et de délimiter les droits de propriété respectifs des époux sur les effets de communauté. Quant à la conjonctivité artificielle, si elle débraye la donation de la répartition, c'est quant aux attributions en nature seulement, mais non quant à l'intention libérale. Les parents n'ont aucun motif de donner à un même enfant pour le remplir de ses droits héréditaires l'un une portion moindre de celle qu'il donne à ses frères, et l'autre une portion supérieure. L'excédent de la contribution matérielle de l'un et l'infériorité de celle de l'autre s'expliquent par les commodités du partage et non par une inégalité des intentions libérales. Si par exemple un époux qui participe pour 10.000 au partage d'ascendant conjonctif répartit ses biens personnels entre ses cinq enfants en transmettant à l'un des effets d'une valeur de 4.000, à l'autre de 3.000, au troisième de 2.000 et au quatrième de 1.000, ne mettant rien dans le lot du dernier, cette distribution appelle nécessairement, pour que soit obtenue l'égalité des parts observée à peine de rescision du partage anticipé, une répartition inverse et complémentaire de la part de son conjoint (cf. n° 66 *supra*). Mais ces attributions matérielles ne sont pas la reproduction de diverses intensités de l'*animus donandi* de chaque ascendant. L'un des enfants ne reçoit moins de son

père que parce qu'il reçoit de sa mère plus que celle-ci n'a l'intention de lui donner. Autant dire dès lors que la provenance réelle des biens attribués ne correspond à rien ; que les époux abandonnent dans leurs rapports réciproques de codonateurs leurs droits de propriété sur leurs biens respectifs pour se permettre de composer les lots en y puisant indifféremment. La libéralité est déjà consommée dans leur esprit quand ils organisent la répartition, et sa conjonctivité aussi ; ce ne sont plus des objets paternels ou maternels qu'ils distribuent, mais uniformément des biens des enfants déjà, vidés dans leur idée de leur origine paternelle ou maternelle. La fusion s'est produite en même temps que leur commune intention libérale. La conjonctivité a pris naissance dans la libéralité même. Elle n'est pas une modalité de partage arbitrairement ajoutée. C'est donc la fiction conjonctive seule qu'il y a lieu d'appliquer dans le partage d'ascendant conjonctif, qu'il soit envisagé en tant que donation ou en tant que partage. Si pour former un lot les époux agissant comme un seul donateur y mettent un propre du mari, une partie de ce propre, celle qui correspond à la participation de la femme à la composition de la masse totale de partage, représente fictivement une valeur réelle équivalente mise par la femme dans un autre lot au delà de la participation qu'elle devrait prendre à sa formation. Le fondement, *la cause* des biens mis dans un lot par un des époux, puisque la masse de partage est unique, est une valeur correspondante mise par le conjoint dans un autre lot. Cette idée de cause explique qu'un partage d'ascendant conjonctif ne puisse être nul que pour le tout, notamment s'il comprend des biens dotaux en dépit de l'inaliénabilité dotale ; la nullité réfléchit sur tous les biens quand l'indivisibilité est constatée, et entraîne la caducité de tous les lots, même de celui qui n'est composé que d'effets paternels ou paraphernaux (1). La cause des biens mis en ce lot est une valeur dotale mise dans d'autres lots pour une même quotité ; la donation particulière faite à un des enfants est donc nulle si la cause en est illicite quant aux biens sur lesquels elle porte.

(1) Aff. Bobichon, Grenoble, 1<sup>er</sup> avril 1908. D. P., 1909, 2, 220.



84. — Il ne convient pas de mal interpréter ce qui précède et d'en déduire que, si le caractère conjonctif réside dans la libéralité même, une répartition est inutile pour l'imprimer à l'acte. Il n'en est ainsi que pour la conjonctivité naturelle, provenant de la nature des biens, et non d'une manière d'effectuer une répartition. Une distribution des biens est au contraire indispensable pour la conjonctivité artificielle. L'exemple suivant le fera comprendre.

Supposons qu'un père donne à son fils un immeuble à lui propre ; par un autre acte sans relations la mère donne à sa fille un immeuble de même valeur à elle propre. Le fils est donataire pour le tout de son père seul, et la fille pour le tout de sa mère seule. Aucun lien de droit n'existe entre les deux enfants qui ont reçu chacun une libéralité de leurs parents, toutes deux indépendantes. Si les deux donations constituent au contraire deux lots d'un même acte juridique, cette donation-partage est un partage d'ascendant conjonctif : la manière dont les lots sont composés ne permet pas d'envisager séparément la participation de chaque ascendant. Les deux époux donnent ensemble chaque lot, quoique chaque lot comprenne uniquement un effet de l'un ; le fils est donataire pour moitié de sa mère, quoique il reçoive un propre du père, et la fille est donataire pour moitié de son père d'un immeuble qui appartenait à sa mère. Ce résultat provient du partage qui fait que chaque donation est l'équivalente de l'autre, que l'une a sa cause dans l'autre ; que ce que l'enfant reçoit uniquement de son père a sa cause dans un immeuble de même valeur qu'un autre reçoit uniquement de sa mère. La conjonctivité résulte bien de ce fait que les donations, au lieu d'être indépendantes entre elles, ont entre elles des rapports tels que leur ensemble constitue un partage. Le caractère conjonctif naît en même temps que le caractère de partage, mais c'est dans la libéralité même.

85. — Ajoutons que c'est une répartition faite par les ascendants eux-mêmes qui est nécessaire à la conjonctivité artificielle, et non une répartition faite par les descendants (1). Ceux-ci sont impuissants à faire naître la conjonctivité si

(1) Aff. Bouysson précitée, Montpellier, 27 février 1893.

les donateurs ne l'ont pas eux-mêmes imprimée à leur acte. Le fait de se partager les successions de leurs deux ascendants en les confondant en une seule masse, de sorte que les lots soient indifféremment composés de biens de l'une ou de l'autre n'est qu'une convention de partage qui ne rend pas ce partage conjonctif et ne lui imprime aucun caractère particulier, aussi bien lorsque les effets en sont anticipativement abandonnés que lorsqu'ils sont dévolus par le décès. La conjonctivité est autre chose : son effet n'est pas l'aptitude des biens paternels ou maternels à composer indifféremment un lot de partage, mais leur aptitude à remplir indifféremment un enfant de ses droits dans la succession de l'un et de l'autre des ascendants. Les ascendants ne font pas que mêler des biens de diverses catégories ; ils se fournissent mutuellement les biens nécessaires pour remplir leurs héritiers de leurs droits héréditaires dans chacune de leurs successions, et par conséquent de leurs réserves légales. La conjonctivité suppose donc, sinon deux libéralités en ligne directe descendante, du moins une double transmission héréditaire et c'est bien des ascendants qu'elle provient.

---

## CHAPITRE IV

### Domaine de la conjonctivité

---

86. — La conjonctivité n'est pas spéciale à la donation entre vifs. Elle se rencontre aussi dans le testament-partage, qu'il soit valable ou non au regard de l'article 968 du Code civil, c'est-à-dire qu'il soit effectué par un seul testament souscrit par les deux époux et nul, ou par la combinaison approuvée par la Cour de cassation (1) de deux testaments similaires sanctionnés par une clause pénale.

La conjonctivité n'est même pas spéciale à la disposition

(1) Civ., 25 février 1925, aff. Legros contre Hamard, D. P., 1925, 1, 185.

anticipée prévue par les articles 1075 et suivants du Code civil. Certains actes sont conjonctifs bien qu'ils n'aient pas le caractère de partage d'ascendant : par exemple, la donation par deux époux de leur communauté à leur enfant unique. Ce n'est pas un partage d'ascendant, mais c'est bien un acte conjonctif. De pareils actes ne sont pas l'objet de notre étude, mais certaines questions qui y sont traitées s'appliquent à eux comme découlant autant du caractère conjonctif que du caractère de partage anticipé.

87. — Le domaine du partage d'ascendant conjonctif n'est pas autre que celui du partage d'ascendant ordinaire, mais le déborde légèrement. Expliquons-nous : la condition essentielle pour qu'un acte soit un partage d'ascendant conjonctif est qu'il soit bien un partage d'ascendant. C'est ainsi que la disposition par laquelle deux époux transmettent à titre gratuit leur communauté aux enfants uniques de chacun d'eux en la répartissant n'est pas un partage anticipé, mais la fusion d'une donation par un ascendant à son descendant et d'une donation entre étrangers unies par des liens étroits qui en font un acte conjonctif. Il n'y a pas là de partage d'ascendant puisqu'en tant qu'il est une donation en ligne directe descendante, l'acte répartit entre un successible et un non-successible.

Mais il n'est pas nécessaire que l'acte envisagé ne soit qu'un partage anticipé pur pour le tout ; il peut être annexé à un autre acte si en une de ses parties il en présente bien tous les caractères. C'est en cela que le domaine du partage d'ascendant conjonctif déborde celui du partage anticipé ordinaire. C'est ainsi que cette étude portera, bien qu'il n'ait pas en son entier la nature d'un partage anticipé, sur l'acte conjonctif qu'on appellera *le partage d'ascendant mixte* : celui du survivant qui réunit aux effets qu'il donne ceux de son conjoint prédécédé déjà dévolus aux enfants entre qui il les partage tous sans distinction d'origine. Ce n'est pas un partage d'ascendant pur, puisque pour une partie des biens qu'il comprend il ne comporte qu'un partage sans transmission. Mais en une de ses parties il est un partage anticipé véritable, et dans son ensemble il ressemble tant au partage d'ascendant conjonctif de deux époux, il s'inspire tant des mêmes inten-

tions et des mêmes principes, qu'il n'y a pas de raison plausible de le rejeter de cette étude. Certains auteurs (1) désignent cet acte du survivant sous le nom de partage d'ascendant cumulatif pour l'opposer au partage d'ascendant conjonctif. Il est préférable de lui maintenir l'appellation générale de partage d'ascendant conjonctif et de le désigner, quand il y a lieu de l'opposer à la variété qui porte sur des effets tous transmis à titre gratuit en même temps que partagés, sous le nom de partage d'ascendant mixte qui rappelle la coexistence étroite en lui d'un simple partage et d'un partage d'ascendant. Etant donné qu'on a rejeté le terme *cumulatif* (n° 13) comme s'appliquant mal à notre institution, il serait peu satisfaisant d'employer pour l'acte du survivant une expression qui suggère l'idée de liens plus lâches, alors que la conjonctivité y est la même. D'ailleurs, l'unanimité de terminologie ne s'est pas encore faite : on rencontre trop souvent l'expression *partage d'ascendant cumulatif* pour celle de *partage d'ascendant conjonctif* et réciproquement, pour baser une distinction sur une différence de mots à laquelle tant d'auteurs n'attachent pas d'importance.

---

(1) Notamment : Touzaud, article à la *Revue pratique de Droit français*, 1876, t. XLII, p. 94 à 105. De Masfrand, thèse Bordeaux 1884. Chauvin, thèse Poitiers 1910. Et plusieurs annotateurs d'arrêts, par exemple : Ortlieb au S., 77, 1, 153, sous Civ., 26 décembre 1876, aff. Malbec.



## TITRE III

### DIVERSES VARIÉTÉS DU PARTAGE D'ASCENDANT CONJONCTIF

---

88. — On a opté plus haut en faveur d'une conception objective de notre institution (n° 9). L'individualité de celle-ci réside dans son indivisibilité du partage de deux successions ; autrement dit, *le caractère conjonctif n'est pas un caractère de forme, mais un caractère de fond*, qui requiert la dualité des successions, non celle des auteurs de l'acte. Un partage anticipé peut être fait par deux ascendants sans offrir aucune conjonctivité si les actes juridiques de chacun restent distincts entre eux. Et un seul acte instrumentaire peut contenir des dispositions qui n'ont aucun caractère conjonctif ; cette donnée nous a servi de point de départ et elle se conçoit d'elle-même. Il s'agit d'examiner maintenant la seconde face de l'objectivité du caractère conjonctif, c'est-à-dire son indépendance de l'unité ou de la pluralité des ascendants donateurs et de celles des actes instrumentaires en cet autre sens qu'il peut exister dans un partage anticipé bien que celui-ci soit réalisé par un seul des époux ou au moyen de plusieurs actes instrumentaires, non pas en ce dernier cas que la transmission des biens soit constatée par un acte instrumentaire et la répartition par un autre, ce qui peut être pour tout partage anticipé (1), mais que chaque époux fasse un acte instrumentaire indépendant pour consigner à la fois sa transmission de biens et leur répartition, quoiqu'elles ne fassent qu'un avec celles de son conjoint.

(1) Mais à peine de perdre le caractère de partage d'ascendant, notamment en droit fiscal, si la transmission et la répartition constituent des actes juridiques différents.

## CHAPITRE PREMIER

### Compatibilité de la conjonctivité avec l'unité d'auteurs

---

89. — Il se peut qu'un seul ascendant se charge de partager plusieurs successions entre les descendants entre qui elles sont appelées à être dévolues, soit, en même temps que la sienne, celle de son conjoint, puisque nous ne nous occupons que des époux. Si les deux hoiries sont confondues en une seule masse de partage, l'opération constitue une œuvre unique. La condition essentielle de la conjonctivité est que les biens compris à l'acte soient censés donnés par deux ascendants ; ce qui doit s'entendre, non pas en ce sens littéral qu'ils sont donnés proprement par chaque époux qui en est propriétaire et s'en fait lui-même donateur personnel, mais en ce sens qu'ils sont fournis par les patrimoines de chacun des époux sans distinction d'origine et sans attacher d'importance au fait que l'époux propriétaire donne lui-même ou qu'un tiers donne en son nom. Dès lors, quoique un partage anticipé soit fait par un seul époux, les effets qu'il distribue ne peuvent-ils provenir aux descendants du chef des deux époux, aussi bien du chef du conjoint de l'auteur que de cet auteur lui-même ? Et l'ascendant qui procède seul à un partage anticipé a-t-il le droit d'y comprendre des biens qui soient censés émaner aussi bien de son conjoint que de lui-même ? La première question est celle de la conjonctivité, la seconde, celle de la validité.

Une controverse très vive à son époque et dont on trouve encore trace dans les auteurs fut de savoir si les effets de communauté pouvaient être compris dans un partage d'ascendant après partage provisionnel entre les époux par eux ou l'un d'eux. Cette question doit être ici mise de côté ; par définition et par essence, les partages anticipés effectués en suite

de partage provisionnel ne portent que sur des effets que chaque auteur considère à tort ou à raison comme sa propriété personnelle exclusive ; ils sont le contraire même d'un partage d'ascendant conjonctif. Il n'y a pas lieu davantage d'examiner l'acte par lequel un ascendant distribue une partie des biens de communauté qu'il envisage, par suite d'un procédé quelconque autre qu'un partage provisionnel, comme la part qui doit lui revenir un jour. Cette idée chez lui qu'il ne dispose que de sa part indique suffisamment qu'il n'entend donner et répartir que de son chef cette portion de biens communs, et peu importe la validité d'une telle combinaison. Au contraire, l'acte demeure conjonctif, quoique ne comprenant qu'une partie de la communauté, si l'ascendant la distribue tant de son chef que de celui de son conjoint, au lieu de la considérer comme la part seulement qui doit lui revenir. Le partage d'ascendant conjonctif peut en effet n'être que partiel et n'englober qu'une fraction de la communauté.

Dès lors conjonctivité et validité ne s'excluent-elles pas mutuellement ? Les biens que l'ascendant joint aux siens propres pour imprimer à son acte le caractère conjonctif sont ceux de la communauté, existante ou dissoute, en tant qu'ils reviennent à son conjoint, et les biens personnels de ce dernier. Le partage anticipé émanant d'une seule personne ne peut être conjonctif que s'il porte sur la chose d'autrui, et la disposition de la chose d'autrui est nulle.

Trois considérations limitent la portée de ce dilemme et l'empêchent de faire rejeter d'emblée le problème. La nullité de la disposition de la chose d'autrui n'est que relative. Il y a donc lieu de se demander d'abord si le partage d'ascendant, quoique frappé de cette nullité, ne peut pas en fait recevoir exécution comme s'il était régulier, au moyen de quelque combinaison qui en assure le respect. D'autre part, le propriétaire de la chose dont il est abusivement disposé a licence de couvrir cette nullité relative, soit par son consentement à la disposition même, soit par une ratification ultérieure. Enfin, la chose d'autrui que répartit l'époux est d'une nature spéciale s'il s'agit de la communauté. Sans doute, la femme n'a jamais le droit de faire seule au nom de son mari un acte de disposition à titre gratuit sur la communauté, en présence du moins d'un mari capable. Son acte étant inapte à présenter

le caractère conjonctif, peu importe sa validité (1). Mais il n'en est pas de même du mari dont les pouvoirs sur l'actif commun sont assez étendus. Deux genres de dispositions effectuées entre vifs par un seul ascendant méritent donc examen : celle du mari seul au cours de la communauté sur les biens qui la composent, ensemble ou non ses propres, et celle du survivant des époux sur l'ensemble des biens familiaux. Or, si le partage d'ascendant conjonctif peut être réalisé par un seul époux dans certains cas, l'article 968 du Code civil ne s'oppose plus à ce qu'il le soit dans la forme testamentaire comme par acte entre vifs, puisque ce testament-partage n'est souscrit que par une seule personne et n'est pas conjonctif au sens prohibé. Ce chapitre comprendra donc trois sections, consacrées l'une au partage d'ascendant conjonctif du mari seul, l'autre au partage d'ascendant conjonctif du survivant, la troisième au partage conjonctif testamentaire d'un seul époux. Dans ces deux dernières sections deux distinctions deviennent inutiles. Peu importe que le disposant soit le mari ou la femme. Ce qui motive la distinction pour l'acte entre vifs d'un seul époux durant la communauté, c'est l'incapacité de la femme mariée. Cette incapacité d'une part cesse avec le mariage et la femme survivante possède des droits aussi étendus que le mari survivant. Elle ne limite pas d'autre part la faculté de tester. Peu importe en outre que les effets dont le survivant ou le testateur n'est pas propriétaire et qu'il joint aux siens pour imprimer le caractère conjonctif soient propres au conjoint ou dépendent de la communauté. La donation entre vifs par le mari des propres de la femme est toujours nulle. Au contraire, si l'acte du survivant ou le testament de l'époux produisent effet régulier en dépit de la nullité de la chose d'autrui, les propres du conjoint ou ses droits dans la communauté n'ont pas à y être distingués l'un de l'autre.

(1) Cette question du reste de la validité de la donation-partage faite par la femme commune seule est traitée avec toute la clarté, l'étendue à la fois et la concision désirables par M. de Loynes, note au D. P., 1902, 2, 97, sous Limoges, 29 novembre 1897.



## SECTION I

### *Donation-partage du mari*

90. — Toute disposition à titre gratuit faite sur des biens de communauté par le mari seul est valable s'il ne dépasse pas les limites de l'article 1422 du Code civil ou si sa femme renonce plus tard à la communauté. Dans ces cas où la libéralité lui est permise, il lui est licite aussi de la passer à titre de partage anticipé.

91. — L'article 1422 du Code civil autorise le mari à comprendre dans toute donation qu'il passe seul, outre ses propres, des effets mobiliers de la communauté, à condition qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit. Cette faculté, outre qu'elle ne permet au mari de réaliser seul un partage anticipé que dans des limites très restreintes, puisque son acte ne peut jamais englober ni l'universalité ni une quotité du mobilier, ne présente aucun intérêt en ce qui concerne notre institution, car elle ne permet pas la conjonctivité de l'acte : les effets mobiliers particuliers ne sont donnés par le mari que de son chef personnel, ni plus ni moins que ses propres.

92. — L'article 1422 accorde encore au mari le droit de disposer entre vifs à titre gratuit des immeubles de la communauté et de l'universalité ou d'une quotité du mobilier pour l'établissement des enfants communs. Chaque fois que l'acte du mari opère cet établissement, il peut porter sur l'actif entier de la communauté, à l'exception toutefois des biens réservés de la femme ; car la loi du 13 juillet 1907 ne reproduit pas l'exception de l'article 1422 du Code civil auquel elle est postérieure ; on doit supposer que c'est à dessein et que le mari n'est autorisé à donner la masse commune en ce cas que déduction faite des biens réservés. On verra plus loin (livre II, titre II) à quelles conditions la donation-partage du mari opère l'établissement prévu.

93. — La répudiation de la communauté par la femme rend le mari rétroactivement seul propriétaire des biens qui la

composent. Donc la libéralité par laquelle ce dernier a distribué seul les effets communs est pleinement valable et efficace. Ce qui s'applique aussi bien au testament qu'à la donation entre vifs. Si le droit d'option s'ouvre par le décès de la femme, et qu'il y ait partage entre ses héritiers quant au parti à prendre de son chef, il suffit qu'un seul accepte la communauté pour la nullité de l'acte du père, car la validation ou la caducité de l'opération ne peut être partielle.

Le motif de cette validité fait voir immédiatement que l'acte n'a plus le caractère conjonctif, parce qu'il ne répartit que les biens d'une succession unique : les biens communs appartenant tous au mari ni plus ni moins que ses propres. Le partage anticipé ne demeure conjonctif après renonciation de la femme que si le mari a partagé en même temps les propres de celle-ci ou ses biens réservés ; ces derniers en effet continuent d'appartenir à la femme malgré sa répudiation de la communauté, aux termes de l'article 5 paragraphe 2 de la loi du 13 juillet 1907. La confusion de biens de deux successions sans distinction d'origine reste alors possible. Cependant, une telle opération est une disposition de la chose d'autrui, nulle d'une nullité relative invocable par la femme propriétaire des biens et couverte dix ans après la dissolution de la communauté si la femme meurt sans s'en être prévaluée ou si ses héritiers ne l'invoquent pas. Pour ce qui est de ces derniers qui sont les descendants communs allotis, le mari a le moyen de les obliger en pratique au silence : il édicte valablement une clause pénale privant de la quotité disponible dans sa succession celui qui soulèverait la nullité relative de l'acte fait à son profit et comprenant pour partie des propres de la femme qui lui sont aujourd'hui successoralement dévolus.

94. — La nullité relative du partage d'ascendant conjonctif fait par le mari seul comprenant les propres ou les biens réservés de la femme renonçante, ou simplement les biens de communauté en cas d'acceptation, est couverte par le non-exercice de l'action en nullité. La ratification de l'acte par la femme ne l'éteint-elle pas aussi ? Nous le croyons s'il est satisfait à l'article 1338 du Code civil par la mention de la substance intégrale du partage anticipé nul, du motif de

l'action en nullité qu'elle possède contre lui, et de l'intention expresse de couvrir et réparer ce vice. L'article 1453 ne prohibe pas une disposition qui n'opère sur la communauté qu'à une époque où la femme a le libre exercice de sa faculté d'option. Dès lors, une telle ratification est efficace si elle est contenue dans le testament de la femme qui, par définition, ne produit effet qu'à son décès. Et cela, que la femme meure la première sans avoir exercé l'action en nullité de l'article 1422, ou qu'elle meure survivante mais avant l'expiration des dix ans depuis la dissolution de la communauté. En même temps que son décès transmet à ses héritiers son action, son testament les prive du droit de l'exercer, et le partage d'ascendant conjonctif fait par le mari seul ne risque plus d'être infirmé. Mais à semblable ratification n'objectera-t-on pas dans la seconde éventualité que si elle émane de la femme après le décès de son mari elle ne saurait produire effet parce que « les deux volontés n'ont pu concourir et qu'il faudrait aujourd'hui le concours de tous les héritiers » (1) ? Il est facile de répondre qu'il ne s'agit pas ici d'une nouvelle distribution par l'épouse de biens indivis entre elle et son mari, pour laquelle on exige peut-être avec raison le concours de volonté des deux coïndivisaires, mais de la renonciation par la femme à une action en nullité qui lui appartient personnellement, renonciation qui est valable unilatérale et n'a besoin d'être acceptée ni par le mari ni par ses héritiers.

95. — Il serait évidemment beaucoup plus simple, quand la femme approuve ainsi la répartition de son mari, qu'elle se réunisse à lui dans son partage d'ascendant conjonctif. Mais elle peut ne pas approuver tout d'abord l'acte de son conjoint et changer d'avis plus tard ; la combinaison qui vient d'être étudiée permet alors une économie de frais si les deux époux vivent encore tous deux, car ils n'ont pas à passer de nouveau la donation-partage conjonctive. Et si le mari est mort lors du revirement d'opinion de son épouse, c'est la seule manière de parer à la précarité de l'acte.

96. — Doit-on généraliser et dire qu'un ascendant ratifie

(1) Bordeaux, 8 août 1850. S. 51, 2, 86. D. P., 51, 2, 143, aff. Pintaud-Bourdelière contre Cambois.

toujours efficacement l'acte nul fait par son conjoint ? Après le décès de l'auteur du partage anticipé il faut un véritable contrat passé avec tous les descendants majeurs et maîtres de leurs droits pris en qualité d'héritiers du défunt, et à condition que la nullité ne soit que relative, conformément aux principes généraux : la ratification de la donation-partage de la femme portant sur la communauté est donc impossible, sa nullité étant absolue comme découlant de l'article 1453 du Code civil. Du vivant du disposant, le conjoint peut ratifier avec son concours dans la forme d'un partage d'ascendant ; mais il va de soi que cette pseudo-ratification est en réalité un nouveau partage d'ascendant conjonctif. Tout autre procédé de ratification est nul, soit comme pacte sur succession future si les formes de l'article 1075 ne sont pas employées, soit comme manquant du concours de volonté des deux époux nécessaire pour partager les propres de tous deux ou les effets de communauté.

97. — Il convient à ce propos de mettre en garde contre un arrêt dont les termes contiennent deux inexactitudes (1). Cet arrêt vise, il est vrai, un partage testamentaire : « Attendu qu'en disposant ainsi de biens qui ne lui appartiennent pas, qui faisaient partie d'une communauté non dissoute et devaient composer la succession d'une personne vivante, il (le mari) a fait des dispositions illégales, nulles d'ordre public... qu'en effet le pacte qui se serait formé par le concours des volontés de la veuve et de ses enfants, et sans lequel le partage testamentaire ne pourrait être mis à exécution, présenterait les caractères d'un pacte sur successions futures... ».

1<sup>o</sup> La veuve pouvait user d'un partage anticipé régulier à l'abri de la prohibition des pactes sur successions futures, et non d'un simple pacte tombant évidemment sous le coup de l'article 1130 du Code civil ;

2<sup>o</sup> Toute disposition de la chose d'autrui quand cet autrui est une personne vivante, même à titre quasi-universel, n'est pas nulle comme portant sur la succession de cette per-

(1) Caen, 15 juin 1863, S., 64, 2, 292. J. G. S., V<sup>o</sup> Disp. entre vifs et testam., n<sup>o</sup> 1133, aff. Renard contre Tusson.



sonne. Pour montrer l'absurdité de la proposition contraire, il suffit de faire remarquer que toute chose doit composer la succession de son propriétaire, et que la nullité de toute disposition de la chose d'autrui serait d'ordre public et non plus relative. Il n'y a pacte sur successions futures que si la chose est comprise à titre successif par le disposant.

Est prohibée par l'article 1130, la ratification d'un partage d'ascendant nul portant sur les biens des deux époux lorsqu'elle est faite du vivant de l'un d'eux, que ce soit l'auteur de l'acte ou son conjoint, dans d'autres formes que celles de l'article 1075 ; car les descendants stipulent ainsi forcément sur une succession qui ne leur appartient pas encore. D'où il suit que le partage d'ascendant est lui-même nul s'il postule nécessairement un pacte sur succession future et que sa nullité, de relative qu'elle était comme disposition de la chose d'autrui, devient absolue comme découlant de l'article 1130 du Code civil. Telle est la portée de cet arrêt assez mal rédigé ; il ne veut pas dire que les descendants stipulent sur une succession future à l'encontre de l'article 1130 en acceptant du vivant du conjoint du donateur la libéralité entre vifs qui porte sur les biens de ce conjoint ; l'acte n'a ni pour but, ni pour conséquences de régler la succession de celui-ci ou les droits découlant de l'ouverture de cette succession. Le mari, donateur de la portion de communauté qui doit revenir à sa femme, dispose simplement de la chose d'autrui, disposition qui est valable si elle rentre dans les limites de l'article 1422, ou nulle, mais de nullité relative, si elle sort de ces limites.

## SECTION II

### *Donation-partage du survivant*

98. — Il est très fréquent qu'après le décès d'un époux la liquidation et le partage de la communauté de biens ayant existé entre lui et son conjoint ne soit pas demandée, au moins tout de suite, ni par le survivant, ni par les enfants communs héritiers uniques du défunt. Le survivant des époux continue de jouir, pendant un laps de temps qui dure parfois jusqu'à son décès propre, de l'ensemble de la communauté dissoute en droit mais non liquidée en fait, et même des propres du

défunt. L'ancien droit connaissait cette pratique sous une forme régulière : la communauté continuée, qui se prolongeait avec les enfants communs au lieu et place de l'époux défunt. En présence de ce fait de pratique courante, il n'est pas sans intérêt de se demander si le survivant répartit lui-même à bon droit entre les descendants communs cette masse de biens dont il conserve la jouissance.

99. — *Utilité.* — Cette opération, si elle est valable, aura le très grand avantage d'éviter la liquidation et le partage de la communauté et de la succession du prémourant des époux. De là une première économie de frais, tant fiscaux que notariaux. Or, c'est un effet provisoire qu'à cette liquidation, puisqu'au décès du survivant il est de nouveau nécessaire de liquider sa succession composée pour une bonne partie des droits qu'il a recueillis dans la communauté en vertu de la liquidation précédente. L'acte du survivant qui règle en même temps la répartition de sa propre succession rend d'avance inutile aussi cette seconde liquidation-partage. L'économie de frais est donc double. De plus, par suite du prolongement de l'indivision et des actes nombreux qu'a pu faire plus ou moins régulièrement le survivant sur la masse restée sous son administration, les opérations évitées deviennent particulièrement compliquées. Et nul n'ignore que lorsque des opérations de liquidation sont ardues et compliquées pour les notaires, elles sont aussi pour les parties source de discordes et de procès.

Enfin, la donation-partage conjonctive du survivant a cette utilité d'arrêter, au cas où elle viendrait à être intentée par un des enfants, l'instance en liquidation-partage tant de la communauté de biens ayant existé entre les époux que de la succession du prédécédé, et par voie de conséquence en licitation des immeubles en dépendant ou en vente aux enchères du mobilier. Cette instance, lors même qu'elle ne serait qu'une formalité judiciaire et ne donnerait lieu à aucune contestation entre les cohéritiers, entraîne des frais importants et nuit souvent aux intérêts de tous. Pour l'arrêter le survivant des époux abandonne tous ses biens (1), notam-

(1) Voir à ce propos les faits d'une affaire Rossignol, Agen, 28 mai 1850. D. P., 51, 2, 8, où le mari survivant avait ainsi étouffé l'instance en partage engagée par un des enfants.

ment ses droits dans la communauté indivise, ce qui en évitera la liquidation avec toutes les difficultés qu'elle entraîne, et demande aux descendants que le partage de toute la masse soit effectué par lui entre eux sans distinction de provenance paternelle ou maternelle des biens. Au besoin il l'impose comme condition de la donation par lui consentie. Il serait bien étonnant que les enfants repoussent l'offre d'un pacte de famille avantageux pour tous, leur délivrant anticipativement la fortune personnelle du survivant, permettant de répartir intelligemment les biens et d'éviter des frais : ceux d'une vente judiciaire souvent et ceux d'un jugement toujours. Mais l'ascendant qu'on assigne sera-t-il disposé à donner ses biens à des enfants qui lui cherchent chicane ? Le premier moment de mécontentement passé, il se laissera probablement convaincre par un conseil qui lui expliquera comment une telle combinaison est de son intérêt aussi bien que de celui des enfants : d'une part, il ne peut s'opposer au partage des biens indivis (art. 815 du Code civil) ; d'autre part, il y a de fortes raisons de présumer qu'après son décès, s'il ne consent l'abandon actuel et définitif de ses biens, ses enfants ne s'entendront pas davantage pour partager sa succession ; une nouvelle instance sera nécessaire qu'on peut empêcher dès aujourd'hui. C'est, somme toute, une manière de transaction sur l'instance en cours. Il est surtout bon d'observer que la plupart du temps l'action en partage n'est dirigée par l'enfant demandeur contre celui de ses parents qui survit que pour la régularité de la procédure, et qu'elle vise en réalité un de ses frères ou sœurs avec lequel il ne s'entend pas. L'ascendant est alors bien souvent le seul qui soit à même de rétablir la bonne harmonie au mieux des intérêts de chacun par son autorité et l'affection des enfants pour lui.

#### § I. — La question de validité

100. — L'ascendant survivant n'a pas en principe le droit de répartir entre ses descendants la masse indivise en attribuant à chacun des lots formés en proportions inégales (effets de la conjonctivité) en partie de biens dont il est personnellement propriétaire, en partie de biens dont il ne l'est pas, en partie de biens sur lesquels il a des droits indivis. Les enfants

ne sont pas obligés juridiquement de respecter cette distribution faite entre eux de biens dont une partie leur appartient déjà. L'ascendant est autorisé par la loi à partager entre ses descendants les effets qu'il leur donne ou que son décès leur transmettra ; mais non à partager des biens qui leur appartiennent déjà, à quelque titre que ce soit. Le partage anticipé ne peut porter que sur des biens dont son auteur est propriétaire, et par conséquent le partage fait par le survivant des biens personnels de son conjoint défunt ou de la part indivise de ce dernier dans l'actif commun est nul comme portant sur la chose d'autrui, non plus sur la chose du conjoint, mais sur celle des donataires qui sont ses héritiers. C'est le dilemme initialement rencontré (n° 89) : pour être conjonctif, le partage anticipé fait par le survivant doit porter sur d'autres biens que les siens, et dès lors il n'est plus valable s'il est conjonctif.

101. — L'ancien droit, et notamment la coutume de Bourgogne, reconnaissait l'efficacité de la délégation par le prémourant au survivant du soin de faire le partage entre les descendants communs des biens composant sa succession ou dépendant de la communauté. Aujourd'hui, les auteurs la tiennent pour nulle et sans effet. Cette combinaison ne peut s'analyser en un mandat donné par le prédécédé au survivant, car, dans notre droit, qui ne reconnaît pas le mandat *post mortem*, le mandat finit avec la mort du mandant. Ce n'est pas non plus un legs, car le prédécédé qui n'avait pas la faculté de partager seul la communauté n'a pas légué à son conjoint plus de droit qu'il n'en avait. On doit du reste, en l'absence d'un texte, interpréter strictement l'article 1075 du Code civil qui n'autorise pas à déléguer le pouvoir qu'il accorde (1). Si le prémourant se contente d'indiquer au survivant dans son testament des bases pour effectuer la répartition et que celui-ci s'y conforme, le résultat n'est pas le même qu'en vertu d'une délégation. Il n'y a pas concours de volontés. Si l'acte du survivant vaut, ce ne peut être que par lui-même, sans puiser sa force dans les indications du prémourant.

(1) Baudry-Lacantinerie, n° 3644



102. — Quelle est l'étendue de cette nullité ? On doit l'apprécier d'un double point de vue :

Elle frappe non seulement la distribution des biens du prédécédé, mais l'acte en son entier s'il y a indivisibilité entre ses dispositions sans qu'on puisse distinguer les biens appartenant à l'ascendant de ceux qui ne lui appartiennent pas (1). Or, le partage d'ascendant conjonctif est toujours par définition indivisible. Il ne peut être nul que pour le tout.

Mais cette nullité n'est que relative. Il n'appartient qu'au propriétaire de la chose de la soulever, et elle est couverte s'il consent à la disposition telle qu'elle est faite. Le véritable disposant n'est plus alors l'auteur de l'acte, mais le propriétaire de la chose. La question se transforme ainsi : *Le propriétaire est-il capable d'aliéner sa chose de la manière voulue par l'ascendant ?* Oui, s'il est majeur et maître de ses droits. La donation-partage du survivant peut donc puiser sa validité dans le consentement des descendants.

103. — En réalité, elle s'analyse de la manière suivante : Les descendants passent avec le survivant un contrat en vertu duquel ils confondent ou mieux *laissent* en une seule masse de partage les effets indivis qu'ils ont hérité du défunt avec ceux que leur donne le survivant, et consentent que celui-ci fasse la répartition du tout *en tant que leur mandataire tacite*, suivant l'excellente expression d'une cour d'appel (2). Malgré qu'ils ne soient pas en possession des biens du prémourant, les descendants n'en sont pas moins propriétaires en titre, et ce ne peut être qu'en vertu de leur consentement que ces biens sont compris dans la masse de partage. L'opération est l'œuvre commune des enfants et du père de famille. Elle tire sa validité du concours de volontés de tous les intéressés. Ce qui justifie bien la dénomination de partage d'ascendant mixte : c'est une combinaison intime, complexe, indiscernable de partage ordinaire et de partage d'ascendant, mais qui ne porte plus sur la chose d'autrui, puisque tous les propriétaires des biens mis en masse consentent qu'il en soit ainsi, et qu'il n'y a pas disposition d'une seule parcelle sans

(1) Aubry et Rau, §. 731, p. 587. Req., 7 août 1860. D. P., 60, 1, 498, aff. Payenneville.

(2) Agen, 12 décembre 1857. D. P., 59, 1, 494. S., 60, 1, 423, Aff. Régimbeau.

que son propriétaire y concoure. *L'opération est un contrat de partage amiable doublé d'un abandon par un des coïndivisaires, le survivant, de tous ses droits à la masse partagée au profit de ses coïndivisaires.* L'acte est donc pleinement valable, chaque fois que toutes les parties y concourant ont la capacité de procéder à un partage amiable, en plus de celle de recevoir par partage anticipé, autrement dit chaque fois que les descendants communs sont tous majeurs et maîtres de leurs droits.

104. — L'acceptation par eux de la donation entre vifs valide pleinement l'opération en tant qu'elle porte sur des biens leur appartenant déjà. Il n'y a pas lieu d'employer des termes différents ou spéciaux : ceux d'une acceptation de donation ordinaire suffisent. Elle leur enlève le droit d'en poursuivre ensuite la nullité basée sur ce qu'elle comprend des effets dont le disposant n'était pas propriétaire. En effet, des majeurs maîtres de leurs droits passent licitement entre eux toutes conventions qui ne sont contraires ni aux lois d'ordre public, ni aux bonnes mœurs, et spécialement ils procèdent en toute liberté à un partage amiable (1). Mais l'unanimité des acceptations est nécessaire : la donation-partage est caduque à l'égard de tous si un seul ne veut pas l'accepter, pour deux motifs : le premier, commun à tout partage anticipé, est que ce refus équivaut à prétérition d'enfant ; le second, spécial au partage d'ascendant conjonctif du survivant, est que la disposition de la chose d'autrui reparait puisque le récalcitrant est propriétaire par indivis d'une partie des biens compris à l'acte.

105. — Le survivant possède une double sanction pour assurer le respect de sa disposition. Il a d'abord le moyen d'y insérer une clause pénale : si un donataire critique à une époque quelconque le partage d'ascendant conjonctif et réussit dans son action, rendant ainsi nécessaire un nouveau partage, il n'aura droit dans ce nouveau partage qu'à sa part de réserve, la quotité disponible se répartissant séparément

(1) Montpellier, 6 mars 1871. D. P., 71, 2, 252, aff. Cabanès. Riom, 29 octobre 1888. D. P., 90, 2, 330, aff. Citon contre Martin.

entre les autres donataires seulement. Et s'il échoue, il devra pour prix de son geste abandonner à ses cohéritiers qui se la partageront également une portion du lot qu'il est obligé de conserver équivalente à ses droits dans la quotité disponible. Pour rester valable, cette clause pénale ne doit viser que les griefs allégués par le donataire qui ne sont pas d'ordre public et ne doit priver de la quotité disponible que dans la succession du survivant.

L'ascendant peut encore préciser qu'il ne consent la donation de ses biens personnels que sous la condition expresse que ce soit lui qui procède à la répartition de tous les biens, y compris ceux du prédécédé, et stipuler la révocation de l'intégralité d'un lot, même pour ces derniers biens, à titre de peine contre celui des enfants qui plus tard critiquerait l'acte en tant qu'il partage ce dont l'ascendant n'est pas propriétaire. Cette condition, acceptée par toutes les parties capables, est parfaitement licite, car l'ascendant qui n'est pas obligé de donner ses biens personnels a le droit de le faire sous toute condition non contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs qu'il lui plaît. Les enfants, s'ils ne veulent pas que les effets à eux dévolus soient répartis par leur ascendant, ont l'entière liberté de refuser la libéralité que ce dernier ajoute, et ils sont mal fondés en droit autant que mal venus en morale à critiquer le partage après avoir joui des biens par anticipation. Cependant cette dernière sanction n'a qu'une efficacité temporaire puisqu'elle ne joue que durant l'existence du survivant.

106. — Il faut à ce propos mettre en garde contre un passage qui n'est pas heureux d'un arrêt de Riom (1). La cour dit dans ses motifs *in fine* que « la nécessité du partage cumulatif s'est imposée à toutes les parties par la force même des choses *et non sous l'influence d'une crainte révérencielle...* ». C'est sans aucun doute par erreur que l'arrêt s'exprime ainsi. L'article 1114 du Code civil est général et ne reçoit pas d'exception en cette matière. La crainte révérencielle n'a pas à être prise en considération dans le partage d'ascendant conjonctif fait par le survivant et l'enfant n'est pas

(1) Aff. Ciron contre Martin précitée, 29 octobre 1888.

mieux fondé à se plaindre si c'est sous l'influence d'une crainte révérencielle qu'il ne s'est pas opposé à la conjonctivité que s'il s'agissait d'un autre acte juridique. Le donataire n'est recevable à prétendre que le partage d'ascendant conjonctif ne lui est pas opposable comme n'ayant pas été librement consenti par lui que s'il allègue et offre de prouver le vice de violence aux termes des articles 1111 et suivants du Code civil.

## § II. — Etude de l'acte lui-même

107. — L'acte du survivant présente de lui-même le caractère conjonctif, puisque les biens qu'il comprend dépendent de deux successions ; il suffit que par ailleurs les propres soient répartis sans distinction d'origine. Non seulement la conjonctivité artificielle peut s'y rencontrer, mais encore, bien que la communauté soit dissoute quand il intervient, la conjonctivité naturelle : celle-ci résulte de l'impossibilité de savoir si tel bien commun appartient au mari ou à la femme ; ce qui fait disparaître cette impossibilité n'est pas la dissolution de la communauté, événement de ce point de vue tout théorique, mais sa liquidation effective par la répartition nette qu'elle opère des biens entre les deux conjoints. Or, cette liquidation n'a pas eu lieu auparavant par hypothèse. La conjonctivité naturelle est même en ce cas définitive, par opposition à celle de l'acte fait par les deux époux au cours de la communauté : cette dernière est en effet subordonnée à la répudiation de la communauté par la femme, qui la fait disparaître ou modifie la proportion des contributions respectives des ascendants, suivant que les propres ou les biens réservés de la renonçante y sont compris ou non.

108. — Rappelons que l'acte du survivant n'est pas un partage d'ascendant pur ; il n'en est un que partiellement, mais de telle sorte, à raison de sa conjonctivité, que ce qui en lui est un partage anticipé n'est pas séparable de ce qui n'en est pas un. On l'a, pour cette raison, appelé (n° 87) *partage d'ascendant mixte*, préférant cette expression comme parlant mieux d'elle-même à celle qui est préconisée par certains auteurs : *partage d'ascendant cumulatif*.



Cet acte n'est un partage anticipé que pour les biens qui appartiennent personnellement au survivant : propres à lui et portion lui revenant dans l'actif commun. Pour le surplus, l'opération est un partage sur les biens qui appartenaient à son conjoint décédé, qui composent sa succession et dont les descendants communs sont par conséquent propriétaires dans l'indivision en qualité d'héritiers du prédécédé ; ce partage est lui-même d'un double aspect : partage par un tiers pour les propres du défunt, et partage entre coïndivisaires pour la portion de biens de communauté revenant au prédécédé. Ce partage des biens du défunt indivis entre les descendants est nécessaire et inévitable, puisque, même si chaque lot demeure composé pour moitié de biens du survivant et de biens du prédécédé, ce qui est du reste incompatible avec la conjonctivité, il y a échange de droits indivis contre une part divise, par conséquent partage. Les descendants échangent leurs droits indivis dans la succession du prémourant contre une part divise et déterminée, formée par l'ascendant survivant en partie de biens venant de lui.

109. — Comme pour le partage d'ascendant conjonctif fait par les deux époux ensemble, chaque descendant est censé tenir en partie de chacun d'eux tout bien mis en son lot, quelle qu'en soit l'origine paternelle ou maternelle ; la contribution respective de chacune des deux successions à l'ensemble de l'acte donne la proportion où chaque bien est censé provenir du prémourant et du survivant. On a rejeté (nos 73 à 76) la fiction mitoyenne de l'article 1438 du Code civil. L'acte du survivant fournit un nouvel argument éclatant en ce sens. En effet, l'analyse ne saurait en être différente de celle du partage d'ascendant conjonctif effectué par les deux époux ensemble. Or, nul ne soutiendra que le survivant est censé donner une moitié des biens et partager l'autre, et qu'il a contribué à la libéralité pour une autre quotité que la valeur de ses effets personnels jointe à celle de ses droits indivis dans la communauté.

110. — Un point curieux du partage d'ascendant conjonctif du survivant est que l'effet déclaratif du partage s'applique à lui, alors qu'il ne s'applique pas au partage d'ascendant

conjonctif des deux époux. L'article 883 en effet n'est pas admis dans le partage anticipé ordinaire, de l'avis unanime de la Jurisprudence et des auteurs, parce qu'il n'y a jamais eu d'indivision en ce cas. Mais cette fiction reparaît lorsque les circonstances où a été passé le partage d'ascendant conjonctif font que l'indivision a existé entre les cohéritiers avant lui.

Dans le partage d'ascendant conjonctif, on sait que chaque parcelle de biens est censée donnée, quelle que soit son origine, par les deux époux à la fois dans une proportion qui correspond aux participations respectives de chacun d'eux à la formation de la masse de partage. Si le partage d'ascendant conjonctif est fait par le survivant, quelle que soit la composition matérielle du lot, une portion de chaque bien est censée donnée par le survivant et une autre fournie par le prédécédé. Or, la succession de ce dernier appartenait aux descendants dans l'indivision depuis le décès ; cette indivision cesse par suite du partage anticipé, et, fictivement en vertu de l'article 883, elle est censée n'avoir jamais existé. Si bien que le descendant est censé avoir succédé seul et immédiatement à la portion des biens mis en son lot qui correspond à la participation effective de la succession du prédécédé à l'ensemble de la libéralité, comme il a succédé en fait seul et immédiatement à celle qui lui vient ou est censée lui venir du survivant. Les deux fictions se superposent : celle de l'effet déclaratif et celle de la conjonctivité.

Un exemple fera mieux saisir comment peut jouer l'effet déclaratif du partage. Le survivant partage entre trois enfants communs sa propre fortune de 10.000, celle de son conjoint décédé de 5.000 et la communauté acceptée par la femme ou ses héritiers de 20.000. La masse de partage est de 35.000, la participation du survivant de  $20.000/2 + 10.000 = 20.000$ , et celle de la succession du prédécédé de  $20.000/2 + 5.000 = 15.000$ . Chaque lot est censé provenir du survivant pour les  $4/7$ , rapport de 20.000 à 35.000 et du prédécédé pour  $3/7$ . Ce rapport se retrouve pour chaque bien mis en un lot. Or, chaque attributaire est censé avoir reçu les  $3/7$  du prémourant du jour du décès seul et immédiatement, sans que ses cohéritiers y aient jamais eu un droit quelconque. Cette fiction ne peut jouer en nature, puisque la conjonctivité de l'acte fait disparaître toute question d'origine réelle,

mais seulement en quotité. Donc, si un enfant n'a reçu qu'un propre du prédécédé, il est censé le tenir pour  $\frac{4}{7}$  du survivant à partir du jour du partage anticipé, et pour  $\frac{3}{7}$  du prémourant lui-même à partir du jour de son décès.

111. — La clause par laquelle les ascendants donateurs déclarent faire donation par préciput de l'excédent de valeur d'un lot à son attributaire est valable dans le partage d'ascendant conjonctif ordinaire, à condition toutefois qu'elle émane des deux époux ; si un seul déclare donner par préciput l'excédent possible de certains lots, cette clause va à l'encontre de l'indivisibilité du partage des deux successions (1). Insérée dans le partage d'ascendant conjonctif du survivant, s'il n'est pas spécifié que l'excédent n'est donné que du chef du seul auteur de l'acte, celui-ci fait à l'attributaire du lot un avantage sur la succession de son conjoint défunt, ce qu'évidemment il n'a pas le droit de faire. Comme le reste du lot en effet, l'excédent n'est censé donné par le survivant lui-même que dans la proportion où ses biens composent la masse de partage ; et le surplus de l'excédent est censé fourni par le prédécédé. Par exemple : une masse de 150.000, dont 50.000 dépendant de la succession du prémourant, est partagée entre trois enfants par le survivant propriétaire de 100.000. Un enfant reçoit 53.000 dans son lot, ayant ainsi 3.000 de trop dont il lui est fait donation par préciput. Le survivant, contribuant à l'ensemble de la libéralité pour les  $\frac{2}{3}$ , contribue pour 2.000 aux 3.000 d'excédent. Il n'a ni droit ni qualité pour donner les 1.000 autres au nom du défunt.

Il faut donc insérer une clause aux termes de laquelle l'excédent n'est donné par préciput que du chef du survivant. En outre, la donation préciputaire, étant entièrement calculée sur la succession de ce dernier, ne doit pas en excéder la quotité disponible.

112. — On a supposé jusqu'ici que la succession du prédécédé était acceptée également par tous les descendants communs ; que se passe-t-il si l'un d'eux l'a répudiée ou ne l'a acceptée que sous bénéfice d'inventaire ?

(1) M<sup>e</sup> Kluyskens, article précité à la *Belgique judiciaire*, 1919, n<sup>o</sup> 17, colonne 576.

Le survivant est obligé de comprendre néanmoins à son acte en tant qu'il opère partage anticipé de sa propre succession l'enfant qui a renoncé à la succession du prémourant ; mais il n'a pas le droit de l'allotir dans le partage de cette dernière succession. Il n'attribue au renonçant qu'une valeur proportionnelle à sa participation personnelle à l'ensemble de l'acte. Si par exemple la masse de partage est composée pour un tiers de biens du survivant et deux tiers de la succession du prémourant, le lot du renonçant est trois fois moindre que celui de ses cohéritiers ; mais rien ne s'oppose à ce qu'il soit composé en fait, quant à la nature et à l'origine des biens, indistinctement de biens de l'un ou l'autre des époux. C'est une application de la notion de conjonctivité : si un effet de la succession à laquelle l'enfant a renoncé est mis en son lot, il y est mis comme valeur représentative d'autres effets appartenant au survivant mis aux lots des cohéritiers. Pour employer une expression du jargon commercial, il est *causé valeur du survivant*. Il faut remarquer que ni l'effet déclaratif du partage ni la fiction conjonctive ne s'appliquent alors au renonçant.

113. — En ce qui concerne l'acceptation bénéficiaire, si elle émane d'un incapable à qui l'article 461 du Code civil l'impose, cet enfant est compris au partage d'ascendant conjonctif comme s'il avait accepté purement et simplement, puisqu'il ne peut renoncer à la garantie du bénéfice d'inventaire. Si, au contraire, c'est un majeur, capable d'accepter purement et simplement ou de renoncer comme maître de ses droits, son concours sans réserve à l'acte du survivant entraîne perte du bénéfice d'inventaire. Pour l'empêcher, le descendant refusera probablement de participer sans réserve au partage d'ascendant conjonctif, ce qui n'est pas très gênant puisqu'il s'est mis par son acceptation bénéficiaire dans l'impossibilité de renoncer : les attributions ne peuvent être modifiées par son fait. Cependant, le survivant le contraint à bon droit d'accepter purement et simplement à l'expiration du délai de trois mois et quarante jours.



### SECTION III

#### *Partage conjonctif testamentaire effectué par un seul époux*

##### § I. — Le survivant

114. — Le testament où le survivant distribue entre les enfants l'universalité des biens familiaux sans distinction d'origine paternelle ou maternelle ne peut, comme la donation-partage, puiser sa validité dans un concours quelconque des enfants. Or, pris en lui-même, il porte sur la chose d'autrui en tant qu'il répartit ceux des biens familiaux qui dépendent de la succession du conjoint défunt, soit en propre, soit par indivis avec le testateur pour les biens de communauté. Cette chose d'autrui est celle des descendants et leur appartient en tant qu'héritiers du prédécédé. Si le legs de la chose d'autrui est nul, celui de la chose de l'héritier, à condition de n'être pas fait directement au tiers bénéficiaire, est valable chaque fois qu'il est la charge d'un autre legs plus important et qu'un bénéfice reste en définitive à l'héritier (1). Ce qui est le cas : la charge est constituée par les droits indivis de l'héritier dans la succession du prémourant ; le legs par les effets qu'il reçoit pour sa part dans les deux successions ; il est par conséquent supérieur. La réserve de l'héritier n'est pas atteinte. La charge imposée est tout aussi valable quand elle consiste dans l'abandon de droits indivis que dans celui d'un effet particulier. Quant aux bénéficiaires de la charge, ce sont tous les autres cohéritiers de chaque descendant. Le testament-partage du survivant s'analyse ainsi en un ensemble de legs articulés au profit de chaque héritier : legs d'un lot le remplissant de ses droits dans les deux successions moyennant la charge d'abandonner ses droits indivis dans la succession du prémourant.

Mais voici où le vice de la combinaison apparaît. Tant que, pour composer les divers lots, le survivant puise dans sa fortune personnelle, l'attribution faite au cohéritier en com-

(1) M. Savatier : Le partage et les récentes lois fiscales, chronique au Dall. Hebdom. 1926, 44. Dalloz, nouveau Code Civil annoté, article 1021, n<sup>os</sup> 41 et suivants.

pensation de la charge est d'une chose que le testateur a le droit de léguer. Or, le survivant, puisqu'il répartit l'universalité des biens familiaux, est obligé d'attribuer à certains descendants pour les remplir de leurs lots des effets dépendant de la succession de son conjoint. Une telle attribution est nulle : le testateur n'a pas le droit, moyennant la charge qu'un héritier abandonne ses droits sur les biens indivis du prémourant, de lui attribuer un objet qui lui appartient déjà, à lui et à ses cohéritiers dans l'indivision ; c'est un legs direct de la chose des héritiers à l'un d'eux, nul aux termes de l'article 1021 du Code civil, tel qu'il est interprété par l'unanimité de la Doctrine et de la Jurisprudence. Et, puisqu'il s'agit d'un partage dont toutes les dispositions sont articulées entre elles, la nullité d'une seule des attributions entraîne celle de toutes les autres, donc de la répartition entière. Le testament-partage du survivant est nul.

115. — D'un arrêt de Poitiers (1), il résulte qu'un testateur distribue valablement une masse de biens dont il n'a pas la propriété exclusive s'il précise qu'il entend ne transmettre que ce qui lui y appartient. Le survivant a donc un moyen de faire sa disposition en toute régularité, par une précaution de rédaction qui change du tout au tout l'analyse qu'on doit faire de son acte.

Il combine à son gré un lotissement entre les descendants de tous les biens sans distinction : les siens, ceux de la communauté dissoute et ceux de son conjoint défunt. Il attribue un des lots à chaque héritier, et spécifie qu'il ne lui lègue que *les parts et droits indivis pouvant lui appartenir dans ce lot*. Ce testament ne dispose ni de la chose d'autrui ; ni de celle de l'héritier, puisqu'il ne porte que sur les droits compétant au testateur dans les effets distribués. Il ne fait qu'imposer l'acceptation d'un partage pour des biens dont les héritiers deviennent totalement et exclusivement saisis par le décès du survivant ; ce n'est qu'une obligation de faire.

La validité d'une telle opération est incontestable, car entre majeurs le mode de partage est entièrement libre (2),

(1) Aff. Baudrouet contre Méchin, 8 mars 1892. D. P., 93, 2, 548.

(2) Aubry et Rau, 4<sup>e</sup> édition, t. VI, paragr. 623, page 537, texte et note.

et le testateur en impose un valablement à ses héritiers, même réservataires, s'ils sont tous majeurs et maîtres de leurs droits. Si parmi eux il y a des incapables, un partage autre que le partage judiciaire n'est que provisionnel pour les effets qui leur appartiennent autrement que par le décès du testateur.

116. — Son efficacité est cependant précaire. Si tous sont d'accord pour ne pas tenir compte de la répartition imposée, les descendants le peuvent impunément, puisqu'ils ne gagnent rien au testament. Il est indispensable qu'un d'eux au moins en veuille le maintien, et l'oppose à ses cohéritiers lorsqu'ils l'assigneront devant le tribunal, dont l'intervention est nécessaire en cas de désaccord.

Une sanction de la part du survivant s'impose pratiquement. Il la trouve dans la clause pénale qu'il a le droit d'édicter. Il stipule que si l'un des descendants allotis ne respecte pas intégralement ses dispositions de dernières volontés, il le prive dès à présent de *tout ce dont la loi lui permet de le priver*, suivant la formule la plus simple qu'on puisse conseiller, c'est-à-dire qu'il le réduit à sa part de réserve dans sa succession à lui testateur. La quotité disponible se partage en ce cas entre les cohéritiers plus respectueux par égales portions, lors du nouveau partage rendu nécessaire par la défaillance du testament résultant de l'application de la clause pénale. Comme il s'agit surtout d'éviter la collusion de tous les descendants, il est bon que le testateur lègue toute la quotité disponible à un tiers désigné subsidiairement pour le cas où aucun héritier ne respecterait le testament et ne consentirait à recueillir les biens familiaux suivant le lotissement dressé par le survivant. Cette clause pénale n'est pas utile à la validité du testament-partage du survivant, puisqu'elle est en-tière. Elle en assure seulement l'efficacité (1).

(1) Formule proposée : « Je soussigné..., usant de la faculté accordée par les articles 1075 et 1076 du Code civil, déclare faire de la manière suivante le partage testamentaire de mes biens entre mes quatre enfants.

« Mes biens seront réunis en une seule masse à ceux de ma défunte épouse et à ceux de la communauté encore indivise ayant existé entre elle et moi, et répartis sans distinction d'origine en quatre lots égaux qui comprendront : le premier..., le second..., etc...

« Mon fils Jean prendra pour sa part le premier lot. Mon fils Pierre le second lot. Ma fille Marie le troisième et ma fille Jeanne le quatrième.

117. — Cette sanction, pratiquement très opérante, permet au survivant de donner vie à son testament global ordinaire, celui où il ne spécifie pas ne transmettre que ses droits dans les effets lotis, et à la nullité duquel il a été conclu plus haut. La nullité de l'article 1021 n'est que relative (1). A plus forte raison en est-il ainsi de celle du legs de la chose indivise entre les héritiers à l'un d'eux. Le testateur a le droit de punir ceux qui l'invoquent, s'il n'a pas celui de les empêcher juridiquement de l'invoquer, en les réduisant conditionnellement à leur réserve dans sa succession, ce qui pratiquement les arrête et revient au même. Quoique nul, le testament du survivant demeure ainsi efficace s'il est complété par la stipulation que l'héritier qui ne le respectera pas sera privé de tout droit à la quotité disponible qui se partagera entièrement entre les autres. C'est une sanction conditionnelle édictée à l'avance contre ceux qui auraient des vellétés de faire tomber le partage conjonctif testamentaire en soulevant l'irrégularité qui résulte pour lui de ce qu'il attribue en partie aux héritiers leur propre chose.

118. — On a contesté que cette sanction soit licite lorsqu'elle est accolée à un testament nul, ce qui n'avait pas lieu pour la variété précédente de testament (2). Aux termes de l'article 1227 du Code civil, la nullité de la disposition principale entraîne celle de la clause pénale. Si le testament est nul, il doit tomber en entier, sans qu'on puisse en séparer la clause

« A cet effet, je lègue à chacun de mes quatre enfants les parts et droits indivis et même la totalité pouvant m'appartenir au jour de mon décès dans les immeubles, valeurs ou deniers ci-dessus désignés, à la condition expresse qu'ils acceptent le lotissement tracé par moi, bien qu'il puisse contenir par portions indivises ou divisées ou en totalité des biens leur appartenant déjà comme provenant de la succession de ma femme.

« Je prive de tout ce dont la loi me permet de le priver, pour accroître aux autres par égales portions, qui n'acceptera pas formellement le lotissement ci-dessus dans les six mois de mon décès, ou contestera d'une manière quelconque à une époque ou une autre mon présent testament. Si mes quatre enfants le contestent, ou si aucun d'eux ne l'accepte dans les six mois de mon décès, je lègue toute la quotité disponible à mon cousin Paul.

« Fait à..., le... »

(1) Civ., 25 février 1925, D. P., 1925, 1, 185. S., 1925, 1, 68, aff. Legros contre Hamard. Civ., 10 juillet 1849, D. P., 49, 1, 253. Dalloz, Rép. Prat., V<sup>o</sup> Disposit. à titre gratuit, n<sup>o</sup> 112.

(2) Caen, 9 juin 1874, D. P., 76, 2, 33. S., 76, 2, 233, aff. Léger. Trib. Civ. Bernay, 15 mars 1882, *Rev. Not. et de l'enreg.*, 1882, n<sup>o</sup> 6551, aff. Jouvin.



pénale pour le sanctionner malgré tout. L'accessoire doit toujours suivre le sort du principal, sauf exception formelle écrite dans la loi. Qu'on ne vienne pas dire la clause pénale inséparable du contrat entre vifs dont elle ne peut que sanctionner l'inexécution, sans pouvoir subsister séparément, tandis qu'elle est parfaitement distincte du testament et que son sort n'est pas lié à celui de ce dernier : la peine stipulée dans un contrat pour le cas d'inexécution est la manifestation d'une volonté alternative des parties tout autant que la stipulation du disposant à titre gratuit qui veut l'observation de son testament ou la réduction à la réserve ; on ne voit pas pourquoi elle ne pourrait pas être prise en considération en elle-même indépendamment d'un contrat, si elle peut l'être indépendamment d'une disposition à titre gratuit. Il n'y a lieu de distinguer entre les dispositions à titre gratuit et à titre onéreux que pour déterminer l'influence que peut exercer la condition sur la stipulation principale : la condition impossible, illicite ou immorale fait tomber en entier l'acte à titre onéreux (art. 1172 du Code civil), tandis qu'elle n'est que réputée non écrite dans l'acte à titre gratuit (art. 900). Encore faut-il du reste pour cela que la disposition gratuite principale soit valable ; si elle est elle-même nulle, l'exception ne joue plus. Il n'y a pas lieu de distinguer l'influence contraire : celle de la stipulation principale nulle sur les clauses accessoires dont elle entraîne toujours la nullité.

Cette argumentation repose sur une erreur : il n'y a que dans les actes onéreux que la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale, en dépit de l'affirmation terminale toute gratuite de l'argument. Le texte de l'article 1227 est suffisamment édifiant en lui-même : il emploie le terme technique et précis *obligation*, qui ne s'applique qu'aux stipulations à titre onéreux au lieu de termes plus généraux tels que *disposition*. En outre il se trouve dans le domaine spécial des obligations : à la section VI : « Des obligations avec clauses pénales », au chapitre IV : « Des diverses espèces d'obligations », et au titre III : « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général ».

La conclusion est que les clauses qui sont valables et licites en elles-mêmes demeurent efficaces dans un testament dont

la disposition principale est nulle (1). Il ne s'agit donc que de savoir si la clause pénale est licite en elle-même qui réduit à sa part de réserve l'héritier qui soulève la nullité relative d'un testament.

119. — Jusqu'à ces derniers temps, on aurait pu hésiter à trancher la question ; divers arrêts anciens de la Cour de Cassation (2) avaient reconnu la validité de la clause pénale ; mais un arrêt plus récent et longuement motivé d'une cour d'appel (3) avait soutenu la nullité. Aujourd'hui aucun doute ni aucune obscurité ne sauraient subsister depuis un arrêt formel et nettement rédigé de la Chambre civile (4). Il n'est que de s'en tenir aux principes très clairs dégagés par la cour suprême :

*Dans un testament, toute clause pénale est licite et obligatoire lorsqu'elle a pour but d'assurer indirectement le respect d'une disposition nulle, à la seule condition que cette disposition ne porte atteinte qu'à des intérêts d'ordre privé sans toucher à l'ordre public.*

120. — Diviser ainsi les lois prohibitives en deux groupes : les unes d'ordre public, les autres qui ne le sont pas et qu'on peut impunément violer, n'est-ce pas contraire à l'article 900 du Code civil réputant non écrites toutes conditions contraires « aux lois » sans distinguer ? Il n'y a pas à distinguer là où la loi ne distingue pas ; la clause pénale est réputée non écrite si la disposition qu'elle protège est contraire à un texte quelconque de loi, encore qu'il ne soit pas d'ordre public.

Cette thèse soutenue par l'arrêt précité de Caen est facile à réfuter. L'article 900 ne fait qu'appliquer aux dispositions à titre gratuit la disposition générale de l'article 6 ; il ne peut leur refuser la faculté de dérogation que l'article 6 accorde formellement à toute opération juridique. Mais en cas de contradiction entre deux dispositions légales, l'une générale et l'autre particulière, la dernière ne doit-elle pas l'emporter

(1) Il en serait autrement si le testament était nul pour vice de forme ; toutes ses clauses seraient alors inexistantes.

(2) Req. 1<sup>er</sup> mars 1830, aff. Legnat, et 1<sup>er</sup> mars 1831, aff. Laurent contre Juillet, D. P., 30, 1, 142, et 31, 1, 80, Civ., 10 juillet 1849, D. P. 49, 1, 253.

(3) Caen, aff. Léger, précitée, 9 juin 1874.

(4) Civ., 25 février 1925, aff. Legros contre Hamard précitée.

dans le cas spécial pour lequel elle a été édictée ? Sans doute, mais il n'y a pas contradiction entre l'article 6 et l'article 900: ils s'éclairent mutuellement ; on ne peut supposer une contradiction entre deux textes s'il est possible de les concilier sans rien ajouter à leurs termes. Si l'article 900 entendait déroger à l'article 6 qui est général, il devait l'énoncer formellement «... contraires aux lois, *même non d'ordre public* ». Faute de cette rédaction précise on ne peut inventer une contradiction ou une dérogation dans le Code.

121. — L'exigence de ne toucher qu'à des intérêts privés et de ne pas contrevenir à l'ordre public existe à la fois dans la sanction édictée et dans la disposition dont elle a pour objet d'assurer le maintien. Il ne suffit pas qu'un des deux partis laissés à l'héritier soit licite, c'est-à-dire non contraire à l'ordre public. La clause pénale est bien une volonté alternative de l'ascendant qui veut l'une ou l'autre de ces deux choses : le respect de son acte ou la réduction à la réserve. Mais l'un des partis de cette option est la cause de l'autre, et si la cause est nulle ou illicite, l'opération juridique ne peut subsister. Un des partis conditionne l'autre ; il faut que ni l'un ni l'autre ne soient contraires à l'ordre public ; sinon, la condition illicite de l'exhérédation est réputée non écrite.

Or, la réduction à la réserve est une mesure parfaitement licite ; tout ascendant a le droit absolu de priver sans en donner de motif tel de ses héritiers qu'il lui plaît de la quotité disponible dans sa succession. S'il en indique un motif, il suffit que celui-ci ne viole pas l'ordre public. Ce motif est la seconde branche de l'alternative. Le respect de l'attribution à un héritier d'une chose qui lui appartient dans l'indivision avec ses cohéritiers ne touche qu'à des intérêts privés, et la nullité de l'article 1021 n'est que relative. L'héritier n'est pas obligé de respecter la disposition nulle ; l'ascendant ne le prive pas du droit d'exercer une action qui lui est accordée par la loi ; il le prévient simplement que s'il l'exerce il devra se contenter de sa réserve. C'est donc l'héritier qui se punit lui-même en connaissance de cause, par un choix libre de sa volonté propre entre le respect d'un testament nul ou la perte de la quotité disponible. L'ordre public n'est pas intéressé à cette option de l'héritier.

122. — La parfaite validité de la clause pénale apposée au testament-partage global du survivant et l'efficacité de ce dernier sont aujourd'hui pleinement reconnues (1). Sous une législation nouvelle, l'état du droit sur ce point reste le même que dans notre ancien droit coutumier (cf. n° 3-2° *supra*).

123. — On fait quelquefois grief au testament-partage du survivant de violer la propriété des descendants quand il porte sur l'universalité des biens familiaux en leur donnant le choix, par la clause pénale, entre un préjudice plus ou moins grand. La Cour de Caen notamment (2) s'est émue à la suite de son avocat général du malheureux sort des enfants *expropriés* par leur ascendant. Il suffit de faire remarquer que lorsqu'intervient le partage conjonctif testamentaire du survivant, il n'y a pas eu par définition de partage de la succession du prédécédé. Ce qu'on enlève aux descendants ce ne sont pas des objets, mobiliers ou immobiliers, dont ils puissent se considérer comme propriétaires, mais de simples droits indivis qu'on transforme en un droit de propriété divis. Aucune *expropriation* n'existe donc dont il y ait lieu de s'alarmer.

## § II. — Le prémourant

124. — Rien ne s'oppose à ce que le prémourant use des mêmes facultés testamentaires. Son acte est tout aussi efficace. Il ne restreint pas les pouvoirs de son conjoint, ni n'impose à ses héritiers une indivision prohibée jusqu'au décès du survivant. Il subordonne simplement l'effet de son testament à la condition que son conjoint ne fera aucun acte contraire sa vie durant. Les descendants ne sont pas obligés d'attendre le décès du survivant ; ils ont la faculté de demander un autre partage, nonobstant la disposition du prémourant, mais perdent de ce fait la quotité disponible dans sa succession. On examinera plus loin le conflit qui naît de deux testaments

(1) Paris, 24 juin 1886. J. G. S., V° disp. entre vifs et test., n° 1119, aff. Fréchu. Naltet, thèse Paris, 1922, pages 24-25. M. Savatier, note au D. P. 1925, 1, 185 et chronique au D. Hebd., 1926, p. 44.

(2) Dans son arrêt précité du 9 juin 1874, aff. Léger. S., 76, 2, 233. D. P., 76, 2, 33.



globaux contraires émanant chacun d'un époux. Si le conjoint survivant effectue une donation-partage régulière de ses seuls biens personnels, elle est pleinement valable et entraîne la caducité complète du testament du prémourant, même sur ses propres biens, puisqu'il est indivisible. Si le conjoint survivant réalise une donation-partage universelle de la fortune familiale, elle est encore seule efficace à l'encontre du testament global du prémourant dont elle entraîne la caducité, si elle est valablement acceptée par les descendants communs tous majeurs et maîtres de leurs droits. Le partage conjonctif testamentaire du prémourant n'est donc efficace qu'en l'absence de toute autre disposition du conjoint survivant.

125. — Le testament-partage fait dans ces conditions par l'époux qui meurt le premier est valable s'il se contente d'établir un lotissement en n'y léguant que ses parts et droits indivis. Peu importe que les autres effets appartiennent au conjoint vivant encore ou aux descendants ; mais il n'est efficace pendant l'existence de ce survivant que moyennant son consentement. Quand au contraire le testament répartit directement tous les biens, il est tout aussi nul si son auteur meurt le premier que le second. S'il s'agissait de simples legs à titre particulier de choses appartenant à autrui, il pourrait être valable sur certains des biens : ceux qui dépendent de la communauté ; ici, en effet, on ne distingue plus entre les biens du testateur et ceux de ses héritiers, mais, puisque la communauté dure encore, entre trois sortes de biens : ceux qui la composent, ceux du testateur, et ceux de son conjoint. La jurisprudence ne considère pas le legs comme nul quand le disposant a la copropriété indivise de l'objet légué, mais comme subordonné pour son efficacité au résultat du partage qui le mettra dans le lot du coindivisaire ou dans celui du disposant (1). Mais outre que cette argumentation laisserait entière la nullité du testament en tant qu'il porte sur les propres du conjoint du testateur, chose qui appartient purement et simplement à autrui, elle est inadmissible ici pour

(1) Req., 26 juillet 1897. D. P. 98, 1, 300. Aff. Agnel contre Jouve. Civ., 6 mai 1913. D. P. 1914, 1, 277. Aff. Pisson-Abadie.

le motif suivant : l'ascendant ne laisse rien à son époux ; il dispose de toute sa fortune en même temps que de la sienne propre ; il ne fait pas un legs ou quelques legs sur la communauté ; il l'épuise tout entière par une manifestation de volonté qui se présente non pas comme un ensemble de legs mais comme un partage évident, dont toutes les dispositions sont articulées entre elles. En ce faisant, il use d'une liberté qui ne lui appartient pas, car un coïndivisaire quel qu'il soit n'a pas le droit de partager seul la chose commune, que ce soit au profit de tiers ou entre lui et son cœropriétaire, mais seulement d'en disposer sous la condition qu'elle tombera plus tard dans son lot. Le droit le plus large qui soit accordé à ces coïndivisaires spéciaux que sont les époux communs en biens est celui du mari de léguer toute sa part dans la communauté, sans plus. Ni l'un ni l'autre des époux ne possède celui de partager seul par son testament toute la communauté. *A fortiori*, celui de partager les propres de son conjoint.

En plus de la nullité du testament sur la communauté, ce fait qu'il y a véritable partage et non simple ensemble de legs entraîne pour conséquence la nullité totale du testament même sur les biens personnels du testateur, en vertu de l'interdépendance de toutes les dispositions d'un partage ; sa chute pour une partie entraîne sa chute pour le tout.

126. — Quant à la nature de la nullité, elle n'est pas autre que celle du testament du survivant : toute nullité qui procède de l'article 1021 n'est que relative. Par conséquent l'adjonction d'une clause pénale, par ailleurs indispensable, suffit à assurer la pleine efficacité pratique du testament-partage global du prémourant. Cette clause pénale, à la différence de celle qui est jointe au testament-partage du survivant, est efficace même contre les descendants incapables. La répartition faite par l'ascendant est concomittante ou antérieure au droit de l'incapable sur les biens partagés, concomittante pour ses propres biens, et antérieure pour ceux du conjoint survivant. La garantie du partage judiciaire ne s'applique pas au testament-partage, non plus qu'à tout partage anticipé (1), à condition qu'il ne porte pas sur des effets dont l'incapable est déjà saisi dans l'indivision.

(1) Dall. Nouveau C. C. Annoté, art. 1076, nos 97 à 101.

127. — On peut se demander si le testament du prémourant n'est pas nul aussi en vertu de l'article 1130 du Code civil. L'intérêt du problème est que la prohibition des pactes sur successions futures est d'ordre public, tandis que la nullité de la disposition de la chose d'autrui ne l'est pas. L'argumentation pour soutenir qu'il y a pacte sur succession future est très simple : le prémourant règle en prévision de l'ouverture de la succession de son conjoint la répartition des biens qui doivent la composer, alors qu'au moment où l'acte produit effet elle n'est pas encore ouverte (1). S'il ne s'agissait que d'une seule chose prise dans son individualité, il y aurait simple stipulation sur la chose d'autrui, mais portant sur l'universalité de la fortune du conjoint, le but du testament du prémourant est bien de régler le sort de sa succession. La portée exacte de cette objection spécieuse a déjà été précisée (n° 97 *supra*) à propos d'un arrêt dont le sens est analogue (2) : un testament-partage est nul s'il postule pour son efficacité une ratification qui présente nécessairement le caractère d'un pacte sur une succession non ouverte ; les termes ambigus des deux décisions ne peuvent signifier autre chose. Quant au raisonnement lui-même, il s'effondre parce qu'il manque au testament du prémourant une condition essentielle au pacte prohibé ; il ne suffit pas de régler le sort d'une succession dont le propriétaire est vivant ; il faut que l'auteur du pacte n'ait de droit sur les biens qui en dépendent que par l'ouverture de celle-ci, autrement dit qu'il soit héritier. Il n'en est rien ici : le prémourant des époux ne prend aucun engagement sur la succession non ouverte de son conjoint ; il ne l'escompte pas ; il sait que les biens qui la composent ne lui seront pas dévolus par le décès ; il fait simplement un acte sans valeur en partageant ce qu'aux termes de l'article 1021 il n'a pas le droit de partager.

Seuls, les descendants et le survivant feraient un pacte prohibé si par un acte formel ils acceptaient ou ratifiaient le testament-partage global avant le décès du survivant. Ce dernier ne peut consentir aux enfants communs la délivrance des biens familiaux dans le lotissement tracé par son conjoint

(1) Angers, 25 janvier 1862, D. P., 62, 2, 36, Aff. Billod contre Lucas.

(2) Caen, 15 juin 1863, S., 64, 2, 292, Aff. Renard contre Tusson.

défunt que dans la forme d'un véritable partage anticipé ; si les descendants veulent la délivrance actuelle, ce partage anticipé doit être passé entre vifs. Cependant, le survivant abandonne licitement de son vivant ceux des biens lotis par le défunt qui lui appartiennent en propre ou à titre de communs, à condition de ne rédiger aucun acte écrit, acte qui serait du reste inutile puisque le testament du prédécédé est là. Un tel geste doit être interprété plutôt dans le sens où il produit effet que dans celui où il est nul, donc, plutôt que comme un pacte prohibé sur succession future, il doit être envisagé comme un partage anticipé par don manuel, valable (1) encore que non constaté par acte instrumentaire, puisqu'il réunit les conditions essentielles du partage d'ascendant : transmission gratuite des biens et répartition.

Si nul n'agit jusqu'au décès du survivant, le testament-partage global du prémourant doit à cette époque recevoir entière exécution, car, la condition tacite sous laquelle il est fait ne s'étant pas accomplie, et sa nullité n'étant que relative, rien ne s'oppose plus au jeu de la clause pénale.

---

## CHAPITRE II

### Compatibilité de la conjonctivité avec la dualité d'actes instrumentaires

---

128. — On peut concevoir que les époux, après s'être mis d'accord pour distribuer l'universalité de leurs biens en un lotissement unique entre leurs enfants, au lieu de se réunir dans une même donation-partage, fassent chacun de leur côté une donation-partage distincte sur une partie des biens : ceux qui lui appartiennent en propre. S'ils ne disposent ainsi que de leurs propres, la combinaison est parfaitement régulière. Il n'y a pas là de partage provisionnel prohibé. Les deux

(1) Bonnet, *Partage d'ascendant*, t. I, n° 367, pages 438 et 439.



libéralités dont les répartitions sont faites sur les mêmes bases se complètent l'une l'autre, et le partage unique résulte de leur rapprochement. Il n'y a pas là d'obstacle à la conjonctivité puisque celle-ci est un caractère de fond, indépendant de la forme, donc de la pluralité des actes instrumentaires.

129. — Il n'en est plus ainsi quand les biens compris au partage d'ascendant conjonctif ne sont pas la propriété exclusive de chaque époux : autrement dit, s'ils dépendent de la communauté conjugale ou de la société d'acquêts. On a vu que le concours des deux époux est en principe nécessaire pour disposer des biens communs (n<sup>os</sup> 16 à 27). Si la nécessité de ce concours des deux ascendants n'était qu'une prescription de fond, le partage d'ascendant conjonctif serait valablement réalisé sur la communauté par deux donations-partages émanant l'une du mari et l'autre de la femme autorisée du mari non donateur, ni plus ni moins que sur les propres des époux. Si bien que la validité de l'opération unique résulterait, non pas de l'intitulé des deux donations prises à part, mais de leur rapprochement. Etant donnée la nullité du partage provisionnel de la communauté entre les époux, il serait nécessaire que chaque donation comprenne l'ensemble de l'actif commun réparti. D'où il suit qu'il n'y aurait aucun avantage pratique de procéder ainsi par deux actes instrumentaires, abstraction faite du cas de ratification ultérieure par un second acte d'un premier acte précaire. Mais, à notre avis, la nécessité du concours des deux ascendants est une règle de forme, obligatoire par conséquent pour la validité de tout acte instrumentaire de donation passé sur les biens communs. Le motif en est que tout acte solennel, et la donation entre vifs en est un, doit porter en lui-même la preuve de sa validité, et qu'il est insuffisant pour celle-ci de résulter d'un rapprochement avec d'autres actes. D'autre part, s'il y a deux actes instrumentaires indépendants en la forme, il est loisible de les passer à dates différentes ; on aboutirait à cette conséquence inadmissible que chaque acte ne serait pas parfait à sa date.

Il faut aussi que les deux époux passent leur acte en un seul contexte, et non pas que l'un constate sa libéralité sur une même minute que l'autre, mais à la suite seulement de

la première donation achevée, ce qui revient au même que deux actes instrumentaires différents. En d'autres termes, l'acte juridique qui doit être unique doit résulter ici d'un acte instrumentaire lui-même unique, étant donnée la nature de la donation entre vifs.

Cependant c'est seulement pour les biens de communauté ordinaires que le concours des deux époux est exigé comme règle de forme. Il ne l'est pas plus pour les biens réservés que pour les propres de la femme.

130. — Etant donné que la conjonctivité est compatible avec la pluralité des actes instrumentaires, un partage conjonctif peut être réalisé par dispositions de dernières volontés aussi bien qu'entre vifs, non seulement par un seul ascendant comme on vient de le voir, mais par les deux époux. En présence de la prohibition du testament conjonctif, il suffit que chacun rédige un testament distinct, souscrit par lui seul et n'émanant que de lui, en fait et en droit. Rien ne s'oppose à ce que deux ou plusieurs personnes s'entendent pour faire simultanément par des actes distincts de semblables dispositions testamentaires ; axiome de bon sens admis par une jurisprudence constante (1). L'article 968 du Code civil s'inspire du même motif que l'article 1097 ; son sens et son but sont d'assurer l'entière liberté de révocation d'un acte révocable par essence. Le vœu de la loi est donc satisfait en présence de deux testateurs, si chacun fait un acte séparé qu'il révoquera seul en toute liberté, malgré que ses dispositions soient les mêmes que celles de son conjoint. Le seul obstacle à la combinaison est de savoir si, étant donné les caractères spéciaux du testament, deux copropriétaires peuvent partager au moyen de deux testaments séparés les effets indivis entre eux ou qu'ils confondent comme tels.

(1) Cf. notamment Trib. Civ. Seine, 8 mars 1882. D. P., 84, 2, 33, aff. Mourgoïn.

## SECTION I

### *Efficacité du partage conjonctif testamentaire effectué par les deux époux*

131. — Le partage d'une indivision quelconque, donc de la communauté conjugale, ne peut résulter de la combinaison de deux testaments distincts émanant chacun d'un des coïndivisaires et complétant mutuellement leurs dispositions partielles, et cela que les coïndivisaires effectuent le partage entre eux-mêmes pour se procurer à chacun une propriété divise, ou au profit de tiers comme c'est le cas pour le partage anticipé fait par les ascendants entre leurs descendants. Le partage en effet est un acte qui exige le concours simultané des volontés des parties, et le testament est par essence l'expression de la volonté d'un seul individu (1). Deux testaments exprimant une volonté unique par leurs dispositions qui s'ajoutent l'une à l'autre ne forment pas une opération juridique unique, et, par conséquent, n'opèrent pas régulièrement partage, car s'ils constituaient une opération unique, cette opération serait nulle en vertu de l'article 968 du Code civil, considéré à présent par la majorité des auteurs comme une règle de fond et non comme une règle de forme (2). Il faut donc que chaque testament contienne à lui seul le partage complet de toute la communauté conjugale, autrement dit qu'ils se reproduisent l'un l'autre.

132. — Pour ce faire, les époux agissant de concert ont, comme l'un d'eux agissant seul, deux procédés à leur disposition : le premier est que chacun reproduise dans son testament le lotissement élaboré d'accord, ainsi que l'attribution des lots aux divers descendants, puis stipule qu'il ne lègue que *les parts et droits indivis qui peuvent lui appartenir dans les biens répartis*. De cette manière, la combinaison est parfaitement valable, mais n'est efficace qu'avec une clause pénale empêchant la collusion de tous les enfants pour ne pas tenir compte du lotissement.

(1) Orléans, 5 juin 1862. D. P., 63, 2, 157, aff. Sainthérand, arrêt sur renvoi.

(2) Cf. notamment, Colin et Capitant, t. III, p. 842, 843. M. Savatier, note précit. sous Civ., 25 février 1925. D. P. 1925, I, 185. Aff. Legros contre Hamard.

133. — Le second procédé est de faire un partage pur et simple de l'universalité des biens familiaux, qui s'analyse en une combinaison de legs avec charge. Ces testaments faits par les deux époux en contemplation l'un de l'autre n'ont pas plus de valeur que celui que fait le seul survivant dans des conditions analogues. La dualité et l'identité des testaments ne changent rien à la solution ci-dessus admise. Chaque époux en répartissant à lui seul l'intégralité des biens communs dispose de la chose d'autrui pour tout ce qui ne doit pas lui revenir personnellement. Chaque testament est nul aux termes de l'article 1021 du Code civil.

Qu'on ne dise pas que les ascendants les ayant rédigé d'accord, les deux dispositions se couvrent l'une l'autre et ne disposent pas dans leur ensemble d'une seule chose qui soit à autrui. L'article 968 toujours s'oppose à une telle analyse qui tend à considérer deux testaments comme un acte juridique unique émanant de deux auteurs. Si les testaments faits en contemplation l'un de l'autre échappent à la prohibition du testament conjonctif, ce n'est pas seulement parce qu'ils sont distincts en la forme, puisqu'ils demeureraient viciés au fond ; mais parce qu'ils sont indépendants au fond et constituent chacun un acte juridique qui se suffit à lui-même (1). On ne peut pas envisager les deux testaments des époux tantôt comme distincts lorsqu'il s'agit d'éluder la prohibition de l'article 968, et tantôt comme ne constituant qu'une opération unique lorsqu'il s'agit d'admettre la possibilité de partager la communauté conjugale.

134. — Le testament du survivant n'opère-t-il pas du moins ratification ou confirmation de celui du prémourant en ce qu'il dispose de choses dont le testateur n'est pas propriétaire ? Tout ce qui n'appartient pas à l'un des époux appartient à l'autre ; le survivant en disposant d'une manière identique des biens dont il est personnellement propriétaire et que son conjoint n'avait pas le droit de donner répare le vice du testament en ce qu'il porte sur la chose d'autrui. Et peu important les stipulations surabondantes du survivant sur les effets du prémourant déjà valablement légués.

(1) Civ. 11 décembre 1867, D. P., 67, 4, 471.



On ne peut retenir du testament du prédécédé l'attribution de ses effets personnels parce qu'un partage dont toutes les dispositions sont articulées entre elles est nul pour le tout quand il l'est pour partie. Mais supposons néanmoins la question résolue par l'affirmative, à quelle époque opère cette ratification ? Puisqu'il s'agit d'un testament, ce n'est qu'au jour où il produit effet, au décès de son auteur ; ce n'est donc que le décès du survivant qui couvre la nullité du testament du prémourant ; or, dans l'intervalle des deux décès, les descendants communs, héritiers du prémourant, sont investis par l'ouverture de sa succession du droit incontestable de soulever la nullité ; et ce droit acquis leur serait enlevé plus tard par le décès et le testament du survivant ? Ce qui est absurde : on doit apprécier la validité d'un testament d'après les faits existants lors de l'ouverture de la succession et non d'après les circonstances postérieures ; l'action en nullité contre ce testament ne saurait être enlevée postérieurement aux héritiers de celui qui a mal testé en disposant de la chose d'autrui, et cela par la volonté du propriétaire de cette chose.

135. — La nullité relative de chacun des testaments n'est pas un obstacle si pratiquement les ascendants ont un moyen d'empêcher qu'on la soulève. Et ce moyen est l'insertion dans chacun de leurs testaments d'une clause pénale réduisant à sa part de réserve quiconque refusera d'exécuter les dernières volontés des époux, et léguant même subsidiairement la quotité disponible à un tiers pour le cas où aucun héritier ne les respecterait. On a vu plus haut que le testament par lequel le survivant partage l'universalité des biens familiaux après le décès de son conjoint, quoique nul, est en fait pratiquement obligatoire pour les descendants lorsqu'il est agrémenté d'une clause pénale qui est licite (nos 117 et suiv.). L'analyse de cet acte n'est pas différente suivant que le survivant le fait seul après le décès de son conjoint ou qu'il le fait en même temps que lui et d'accord avec lui. Il en est de même pour le testament du prémourant également efficace quoique frappé lui aussi de nullité relative. La combinaison des deux testaments similaires avec clauses pénales impose donc aux descendants communs en toutes licéité et régularité un partage des biens

familiaux auquel ils doivent se soumettre, à peine d'être privés de la quotité disponible, et cette fois dans les deux successions. Ce résultat a été formellement consacré par la Cour de cassation dans un arrêt rendu précisément à propos d'un partage conjonctif testamentaire effectué de concert par les deux époux (1).

136. — Il est bien évident que le droit d'option de la femme n'est pas un obstacle en la matière : un testament ne produisant effet qu'au décès de son auteur, la testatrice ne contrevient pas à l'article 1453 du Code civil en faisant sur la communauté un acte qui en suppose l'acceptation mais ne produit effet qu'à son décès, par conséquent lors de la dissolution ou postérieurement à celle-ci.

137. — Le partage d'ascendant conjonctif réalisé par les deux époux au moyen de testaments similaires avec clauses pénales est tout aussi efficace quand certains descendants sont incapables que lorsqu'ils sont tous majeurs et maîtres de leurs droits. La disposition des époux testant chacun en partie sur les biens de son conjoint ne revêt pas le caractère d'une infraction à l'ordre public par suite de l'incapacité de certains des héritiers. L'incapable reste libre, comme le majeur, de soulever la nullité relative de la combinaison, et comme à un majeur la privation de la quotité disponible s'applique à lui. Ici ne se rencontre pas non plus la nécessité du partage judiciaire pour les incapables puisqu'aucune partie des biens compris au partage d'ascendant conjonctif n'appartient encore aux descendants quand la combinaison commence à produire effet par le décès du prémourant et le testament de celui-ci (cf. n° 126).

138. — La jurisprudence belge n'a pas eu comme la Cour de cassation française l'occasion de proclamer la régularité du partage conjonctif réalisé avec clauses pénales adjointes aux deux testaments similaires de chaque époux. Mais d'autres solutions révèlent qu'elle est beaucoup plus large sur ce point

(1) Civ. 25 février 1925, précit. Legros contre Hamard. D. P., 1925, 1, 185. S. 1925, 1, 68.

que la jurisprudence française. D'après elle (1), pour parvenir au même résultat, chaque conjoint n'a pas besoin de reproduire dans son testament la distribution de l'ensemble des biens familiaux, mais seulement celle de ses biens personnels, qui se trouve ainsi complétée par la distribution dans l'autre testament de la fortune du conjoint. Et d'autre part, elle reconnaît non pas l'efficacité pratique de la combinaison par le jeu des clauses pénales, mais sa validité directe, ce qui semble bien impliquer l'interprétation de l'article 968 du Code civil comme une règle de forme, contrairement à la solution française (2).

## SECTION II

### *Examen critique du partage conjonctif testamentaire effectué par les deux époux*

139. — Le caractère du partage d'ascendant conjonctif ne diffère pas suivant qu'il est fait par un acte entre vifs ou par deux testaments. Il constitue toujours une opération juridique unique et indivisible, malgré que l'interdiction de l'article 968 soit une règle de fond. Une distinction essentielle est nécessaire : le testament de chaque époux est un acte distinct qui ne doit être considéré qu'individuellement au fond comme en la forme. Au contraire, *le résultat de ces deux actes juridiques distincts que constituent les testaments*, c'est-à-dire la répartition des deux successions confondues sans distinction d'origine, *est un tout homogène qui ne peut être scindé*. Il n'y a aucune raison d'en décider autrement lorsque les deux actes instrumentaires sont des testaments que lorsqu'ils sont des donations entre vifs distinctes en la forme : la dualité des actes instrumentaires est forcément compatible avec la conjonctivité quelle que soit leur nature. Deux considérations le prouveront : tout partage de la communauté de biens conjugale, comme d'ailleurs de toute masse indivise, ne saurait être partiel ni se décomposer en deux parties. En outre, qu'on envisage le pouvoir de chaque époux pris individuelle-

(1) Liège, 8 mars 1832. J. G., V<sup>o</sup> disp. entre vifs, n<sup>o</sup> 4506. Pasierisie 1832, 2, 75, aff. Grégoire.

(2) Même arrêt.

ment : il effectue d'une part le partage conjonctif testamentaire à lui seul aussi bien qu'avec le concours de son conjoint ; il ne réussit pas d'autre part à l'anéantir en révoquant seulement son testament sans en faire un nouveau qui lui soit contraire ; le rapprochement de ces deux considérations démontre à suffire que le partage d'ascendant conjonctif est distinct des deux actes qui le produisent, et dont il n'est que la conséquence. Il est, pour ainsi dire, un édifice homogène soutenu par deux colonnes, qui ne peut subsister sans l'une d'elles, cela se conçoit, mais n'exige aucunement le maintien de toutes deux.

140. — Le partage d'ascendant conjonctif effectué par l'un des époux et sanctionné par la privation de la quotité disponible dans sa succession est d'une très grande efficacité pratique. Les mœurs actuelles ont habitué les enfants à compter sur une part héréditaire égale à celles de leurs frères et sœurs, par suite du peu d'usage que font les parents depuis le Code civil de la faculté de tester. A plus forte raison, celui qui est réalisé au moyen de deux testaments similaires avec clauses pénales est-il obéi. Tout héritier réfléchit avant de se réduire de gaieté de cœur à sa réserve dans les successions de son père et sa mère plutôt que d'accepter un lotissement qui en définitive peut le décevoir dans ses projets ou dans ses goûts, ou contrarier ses désirs, mais ne lui cause pas un véritable préjudice. Du reste, les cohéritiers ont entière liberté de redresser amiablement les lots au gré des convenances réciproques par des échanges passés entre eux ; il suffit qu'ils ne le fassent qu'après acceptation de la répartition testamentaire ; la clause pénale n'est plus alors encourue, car tout héritier a le droit après partage de disposer de sa chose librement.

A noter que la combinaison est efficace dès le décès du prémourant, sans attendre celui du survivant. La clause pénale du premier testament oblige à respecter le lotissement, encore qu'une partie des biens appartienne au conjoint qui vit. Et quand ce dernier meurt, son testament conforme vient corroborer celui du prémourant.

141. — Le survivant ne saurait absolument pas en l'état actuel du droit être lié après le décès de son conjoint par l'opération



faite de concert avec lui, comme il en était dans l'ancien droit ; sans quoi, la nature juridique du testament, acte essentiellement révocable, serait changée. Aucune difficulté n'existe si le survivant se contente de révoquer son testament sans en faire un nouveau : celui du prémourant sanctionné par une clause pénale reste pratiquement obligatoire. Mais si le survivant teste de nouveau ou ajoute un codicille qui modifie le lotissement combiné d'accord, que devient celui-ci ? En cas de contrariété entre deux répartitions, laquelle suivre puisque toutes deux portent sur les mêmes biens entre les mêmes héritiers, et toutes deux indûment pour une partie des biens ? L'indivisibilité de chaque testament empêche de suivre de préférence celui du survivant pour ses effets personnels et celui du prémourant pour les siens. Les héritiers qui observent la répartition nouvelle violent le testament du prémourant et encourent la clause pénale de ce chef. S'ils ne la suivent pas, ils encourent celle du testament nouveau du survivant. Si tous sont d'accord pour respecter un des testaments plutôt que l'autre, c'est le tiers légataire subsidiaire qui recueille la quotité disponible entière dans une au moins des deux successions. Pour écarter le jeu de la clause pénale, les descendants n'ont qu'une ressource : ils exposent la situation au Tribunal par voie de requête collective s'ils sont tous d'accord et qu'il n'existe pas de tiers légataire subsidiaire de la quotité disponible, ou, s'il en est un, par une véritable instance qui le mette en cause. Les biens dont les deux testaments contraires disposent ne peuvent matériellement pas être attribués à des attributaires différents. Le conflit est inextricable : autant dire que la condition apposée par chaque testateur à sa clause pénale est impossible ; elle doit être réputée non écrite aux termes de l'article 900 du Code civil. Les clauses pénales écartées, rien n'oblige plus les héritiers à exécuter deux testaments nuls et contraires. Après le jugement, ils peuvent donc librement procéder à tel partage qui leur convient, et au besoin au partage judiciaire ordonné par le même jugement.

142. — Les deux successions ne s'ouvrent jamais en même temps dans l'immense majorité des cas. Quels sont les effets du partage anticipé pendant la période intermédiaire qui

s'écoule entre les deux décès ? Tout va bien si pendant cette période parfois fort longue les enfants restent dans l'inaction. Mais ce n'est que par leur consentement unanime que les biens familiaux peuvent rester dans l'indivision entre eux et le survivant sous la direction de celui-ci jusqu'à son décès. Si l'un d'eux exige la délivrance de son lot tel qu'il lui est accordé par le testament du prémourant, il n'encourt pas la clause pénale car il ne viole pas ce testament ; il manifeste, quoique de façon intempestive, l'intention de s'y conformer. Le survivant est tenu de laisser à l'enfant demandeur le lot qui lui est attribué, à l'exception de deux sortes d'effets : ceux qui lui appartiennent en propre et sur lesquels il invoque avec succès l'abus de droit du testateur ; ceux qui dépendent de la communauté dissoute sur lesquels il faut attendre un partage que l'héritier ne provoque qu'en perdant la quotité disponible. Or, le partage conjonctif ne respecte pas la dualité d'origine des biens dans sa répartition. Cette cote mal taillée entraîne une inévitable inégalité entre les descendants ; certains n'ont peut-être même pas leur part de réserve dans la succession du prédécédé ; ils sont fondés à en exiger le complément en quotité sans perdre la quotité disponible puisqu'il s'agit d'une action d'ordre public. Et toute transaction pour arrêter leur demande est nulle pendant la vie du survivant comme pacte sur succession future puisqu'elle porterait sur sa succession en même temps que sur celle du défunt.

143. — Pour empêcher ce résultat, les époux ne peuvent stipuler pour l'effet de leurs dispositions testamentaires un terme suspensif jusqu'au décès du conjoint survivant. C'est contrevenir à la règle d'ordre public qui veut que la réserve soit délivrée intégralement à qui la demande, en durée comme en quotité, donc dès le décès du *de cujus*. Il est vrai que la réserve n'a pas besoin d'être divisée et que le testateur, c'est-à-dire en l'espèce le prémourant, peut imposer aux héritiers par une clause pénale de passer une convention d'indivision quinquennale permise par l'article 815 du Code civil. Mais, outre que ce procédé n'est autorisé que par certains auteurs et vivement combattu par d'autres (1), le remède dure au

(1) Voir le résumé de la controverse au Nouveau C. C. annoté Dalloz, art. 815, nos 66 et suivants.

maximum cinq ans, car le testateur n'a certainement pas le droit d'en imposer le renouvellement.

Aucun moyen préventif de parer à l'inconvénient n'est à la portée des testateurs. Le survivant n'a que la ressource de le faire disparaître s'il se produit, en consentant l'abandon actuel de l'universalité des biens familiaux conforme à la répartition testamentaire, ce qu'il doit faire, en vertu de l'interdiction des pactes sur successions futures, dans la forme d'un partage d'ascendant entre vifs régulier. Ce n'est pas à dire qu'il soit obligé de passer une donation-partage reproduisant les dispositions testamentaires, ce qui supprimerait tous les avantages de la combinaison des époux et la rendrait inutile. Il suffit que le survivant abandonne purement et simplement ses biens sans passer aucun acte, sauf bien entendu à stipuler telles ressources alimentaires qui lui sont nécessaires. En effet, un partage anticipé n'a pas besoin d'être constaté par un des deux actes instrumentaires prévus implicitement par l'article 1075. Il résulte valablement d'un ensemble de dons manuels articulés (1), même pour les immeubles dont la transmission testamentaire en ligne directe descendante n'est pas sujette à transcription.

144. — Le partage conjonctif testamentaire est révocable au gré d'un seul, même après le décès du conjoint, ce qui donne au survivant le pouvoir discrétionnaire de maintenir ou faire tomber le partage de l'universalité des effets familiaux. Cet inconvénient est aggravé par ce fait que le survivant n'est pas libre de modifier la combinaison arrêtée de concert avec son conjoint ; il ne peut que rester lié par elle malgré les événements nouveaux ou tout détruire.

En pratique, la situation n'est cependant pas des plus fâcheuses. Tant que les deux ascendants sont en vie, s'ils jugent utile une modification quelconque, ils l'apportent en faisant chacun un codicille identique, voire même un nouveau testament. S'ils ne sont pas d'accord, il n'est pas à souhaiter que l'un d'eux reste lié par une combinaison qui vient à lui déplaire. Sur ce point, le partage conjonctif testamentaire est supérieur par sa souplesse et sa révocabilité essentielle

(1) Bonnet, *op. cit.*, n° 367, pages 438 et 439.

au partage d'ascendant conjonctif entre vifs. Lorsque l'un d'eux a disparu, l'autre ne fera pas à la légère, si la situation est inchangée entre les deux décès, une modification qu'il sait entraîner la chute irrémédiable de l'ensemble par son impossibilité d'exécution. Si, au contraire, survient un événement nouveau, la faculté pour le survivant d'anéantir la distribution du patrimoine familial est une grande supériorité de la solution actuelle sur celle de l'ancien droit qui rendait absolument irrévocable le testament conjonctif après le décès d'un époux. Ce qui serait fâcheux, ce serait que le survivant restât désarmé alors que son conjoint, vivant encore, consentirait certainement une modification de l'œuvre commune, et qu'il soit obligé de se laisser bafouer, par exemple, par les descendants ou de supporter impuissant des injustices flagrantes dans sa famille. La révocabilité se révèle ainsi presque sous l'aspect d'un avantage. Une réforme législative reproduisant l'article 77 de l'ordonnance de 1735 n'est donc pas à souhaiter, puisque le testament conjonctif offre des complications et des inconvénients que ne présente pas la dualité des testaments-partages identiques avec clauses pénales.

Il ne suffit pas au survivant, pour anéantir la répartition commune, de révoquer son testament ; il faut qu'il en fasse un contraire, sans quoi le testament-partage global du prémourant produit néanmoins effet. Le survivant n'est cependant pas absolument dépourvu de la faculté de l'article 1075. Il lui reste deux ressources : celle d'une donation-partage conjonctive avec les enfants (n° 124), et celle de faire son propre testament-partage où il ne comprenne que ses biens personnels, avec clause pénale, ce qui est entièrement licite.

145. — Les avantages qui compensent ces inconvénients sont nombreux et peuvent se répartir en trois groupes : une supériorité pour les parents qui usent du partage conjonctif testamentaire, une plus grande facilité d'exécution, et un domaine plus large qui lui permet d'être réalisé dans des cas où le partage d'ascendant conjonctif entre vifs est impossible.

On vient de voir que l'opération reste remaniable par les deux époux agissant d'accord jusqu'au décès du prémourant, au lieu que la donation-partage leur lie les mains et les rend sans défense contre l'ingratitude des enfants : or, ce danger



d'ingratitude est le principal grief qu'on adresse au partage anticipé. La répartition est annulable par un moyen très simple, même après le décès d'un époux, tandis que la révocation d'une donation entre vifs n'est reçue que dans des cas strictement énumérés.

D'autre part, les parents peuvent être surpris par la mort s'ils attendent pour faire une donation-partage que leurs enfants soient tous grands, qu'ils aient constaté les aptitudes et les goûts de chacun, et qu'eux-mêmes soient fatigués de gérer leur patrimoine. Ce risque n'est plus à craindre quand ils font la même répartition par leurs testaments similaires. Le partage conjonctif testamentaire présente une grande utilité pour des époux encore jeunes mais prévoyants, qui ne veulent pas laisser au hasard la répartition de leur fortune pour le cas d'un accident survenant à l'un d'eux. La facilité d'anéantissement de la combinaison, jointe à la simplicité de sa confection, à son secret et à la modicité de ses frais recommandent l'emploi du partage conjonctif testamentaire *comme distribution provisoire*, effectuée pour le cas de malheur, et remplacée plus tard par telle donation-partage conjonctive que les époux aviseront.

Enfin, les parents gagnent encore un bénéfice au procédé testamentaire : celui d'obtenir pratiquement, grâce aux clauses pénales, l'usufruit de la totalité du patrimoine familial pour le survivant d'eux, ce qu'il leur est interdit de stipuler par un acte entre vifs, et de parer ainsi à la nullité des clauses de réversibilité d'usufruit passées directement avec les enfants. D'autre part, s'il est vrai que chaque testateur peut, sans violer l'article 1097 du Code civil, léguer à son conjoint l'usufruit de toute sa succession, ou une rente viagère supérieure à celle que ce conjoint aurait pu obtenir avec ses seuls biens personnels, l'époux ne le peut pas en présence d'enfants communs, sans excéder les limites de l'article 1094. Les testaments doivent être muets sur ce dessein qu'ont les ascendants de s'assurer un usufruit supérieur à celui que leur autorise la loi, sans quoi la clause pénale serait nulle comme faite en contravention d'une règle d'ordre public. C'est seulement un avantage de fait qui résulte de l'inaction des descendants tenus en respect sur un autre point par la clause pénale.

146. — Le partage d'ascendant conjonctif est plus facile à réaliser par testaments que par acte entre vifs, en ce sens qu'il n'exige ni le consentement ni la capacité de chacun des enfants allotis. Il entraîne aussi une économie appréciable de frais fiscaux, mais dans certains cas seulement. Le partage d'ascendant conjonctif entre vifs ne donne lieu qu'à un droit proportionnel de 2,50, 4,50 ou 6,50 %, suivant le nombre d'enfants, actuellement augmenté du double décime, mais sans addition du droit de transcription pour les immeubles. Au décès, aucun droit nouveau n'est dû sur les biens répartis qui sont définitivement hors du patrimoine des parents. Le partage conjonctif testamentaire donne ouverture à un droit de partage testamentaire, dont le taux est uniformément de 0,50 % avec double décime en sus, quel que soit le nombre des enfants. Mais lors du décès, deux droits sont perçus sur les biens qui composent la succession : la taxe successorale, et le droit de mutation par décès ; or, le tarif de ce dernier droit est proportionnel progressif par tranche suivant l'importance de l'actif partagé indépendamment du nombre d'enfants, sauf déduction de 10 % par enfant au-dessus du quatrième. Il en résulte qu'il n'y a plus avantage à faire le partage testamentaire dès que l'actif atteint une certaine importance, puisque le droit de mutation par décès qui est dû dans ce cas devient à lui seul d'un pourcentage progressif qui dépasse de plus en plus le pourcentage de 2,50, 4,50 ou 6,50 % indépendant de l'importance de la donation-partage, qui seul est dû si le partage d'ascendant conjonctif est fait entre vifs. Le procédé testamentaire n'est en somme plus économique que pour les petites successions partageables entre une famille nombreuse.

Quant aux biens qui doivent servir d'assiette au droit de partage testamentaire quand les deux époux ont fait chacun un testament distinct qui répartit l'universalité des biens familiaux, il semble que l'Administration de l'Enregistrement n'est pas fondée à percevoir le droit deux fois sur l'ensemble des biens partagés, en se basant sur ce que chaque testament le comprend à lui seul. Ce n'est pas en effet un nouveau partage des mêmes biens ni un partage différent. Les enfants ne sont effectivement partagés qu'une seule fois. Le plus qu'elle puisse prétendre est de percevoir le droit de partage sur la

totalité des biens dès le décès du prémourant, au lieu de ne le percevoir que sur les biens qui composent effectivement sa succession personnelle.

Il n'y a pas d'économie de frais notariaux à faire par testaments le partage d'ascendant conjonctif. Si les testaments sont mystiques ou authentiques, l'opération coûte plus cher que si elle est réalisée par donation-partage ; non pas parce que le tarif notarial est plus élevé pour un testament que pour une donation-partage, mais parce qu'aux termes de l'article 968 du Code civil il est nécessaire de faire deux actes, ce qui fonde incontestablement le notaire qui les rédige à percevoir le droit proportionnel à lui dû deux fois sur la valeur du patrimoine familial, puisque chaque testament le partage en entier. Il n'en est pas ici comme pour le droit d'enregistrement qui frappe une opération juridique réelle en elle-même, indépendante de l'acte ou des actes instrumentaires qui la constatent ; au contraire les honoraires sont dus au notaire pour la rédaction de l'acte instrumentaire lui-même comme rémunération d'un travail ; il n'a pas à subir de réduction s'il plaît aux parties de faire plusieurs actes identiques pour constater une même opération juridique. Il est vrai que les époux ont licence d'user de testaments olographes dont chacun ne coûte qu'une feuille de timbre (1). Mais en pratique après la présentation du testament olographe au Président du Tribunal, le notaire rédige un acte de dépôt, et perçoit à cette occasion la moitié de l'honoraire proportionnel que lui alloue le tarif en matière de testaments authentiques. Or, l'honoraire proportionnel du notaire, qui varie suivant les cours d'appel, est sensiblement le même pour un testament authentique que pour une donation-partage.

147. — Le troisième avantage du partage conjonctif testamentaire sur le partage d'ascendant conjonctif entre vifs est un domaine de réalisation plus large. Il est en premier lieu toujours possible de l'effectuer sous le régime dotal, parce que le testament ne produit effet qu'à une époque où la dotalité, donc l'inaliénabilité dotale, cesse avec le mariage par

(1) Outre le droit fixe d'enregistrement à 56 fr. 20 actuellement, dû sur tout testament, mais au décès pour le testament olographe et à la rédaction de l'acte pour le testament mystique ou authentique.

la mort d'un des époux. D'autre part, notre opération n'est possible que par testaments lorsque l'un des conjoints est atteint d'une incapacité qui ne lui permet pas de donner entre vifs, sans l'empêcher de tester : c'est le cas pour le mineur qui n'a pas le droit de donner entre vifs, mais possède celui de faire un testament-partage sur l'universalité des biens qui composeront sa succession, et non sur la moitié seulement, l'article 904 du Code civil ne s'appliquant pas au partage anticipé (1) ; c'est encore le cas pour l'interdit légal et pour l'ascendant pourvu d'un conseil judiciaire : ce dernier peut faire seul un testament-partage si le conseil judiciaire refuse son assistance à une donation entre vifs, ou s'il répugne aux époux de la lui demander et de le faire intervenir à un acte de famille. Les ascendants réalisent enfin, en toute validité, par testament, le partage d'ascendant conjonctif qu'ils ne peuvent effectuer entre vifs s'ils ont des enfants personnels à l'un d'eux et qu'ils soient mariés sous un régime de communauté.

(1) Rép. Prat. Dalloz, V<sup>o</sup> Partage d'ascendant, n<sup>o</sup> 91.

---



## TITRE IV

### ROLE, EMPLOI ET AVANTAGES DU PARTAGE D'ASCENDANT CONJONCTIF

---

148. — On peut proposer à présent pour notre institution une définition qui soit assez générale pour ne pas s'appliquer à sa seule variété classique initialement étudiée : la donation-partage passée de concert par les deux époux, mais aux quatre autres variétés qu'offre sa conception objective : la donation-partage du mari sur la communauté, celle du survivant sur l'ensemble de la fortune familiale, le testament-partage global d'un seul époux et la combinaison des deux testaments similaires avec clauses pénales :

*Le partage d'ascendant conjonctif est l'opération par laquelle deux époux ou l'un d'eux répartissent entre leurs descendants communs des biens leur appartenant à l'un et à l'autre, soit en commun, soit en propre, en faisant abstraction de leur dualité d'origine.*

149. — M. Chauvin (1) donne une définition à peu de choses près semblable :

Le partage d'ascendant conjonctif est l'opération juridique collective par laquelle les père et mère réunissent leurs biens en une seule masse et en font le partage entre leurs enfants en proportion de leurs droits sans se préoccuper de l'origine des biens partagés.

Mais la première apparaît préférable pour deux motifs : D'abord elle ne suppose pas la dualité d'auteurs. En outre, elle ne donne pas à croire qu'il y a deux opérations succes-

(1) Thèse Poitiers 1910.

sives : la confusion des biens en une seule masse, puis leur répartition. Le mécanisme de la conjonctivité dans le partage anticipé est en effet tout autre. C'est par leur partage même que les époux confondent les biens par ce fait qu'ils les répartissent dans les lots indifféremment, sans tenir compte de ce que les uns doivent composer la succession de l'un d'eux et les autres la succession de son conjoint, mais comme s'ils provenaient d'une seule personne et ne composaient qu'une seule hoirie.

150. — Le rôle du partage d'ascendant conjonctif est d'organiser à une même date la répartition des biens appartenant à l'un et à l'autre des parents. En outre de cet effet qui est commun à la donation-partage n'offrant que la dualité d'auteurs, le sens du partage d'ascendant conjonctif, réellement spécial à lui, comme découlant de l'indivisibilité qui le caractérise, est surtout d'organiser cette répartition en une seule fois non plus dans le temps mais dans la manière, en une seule loi et en un seul règlement entre la génération suivante pour l'ensemble de la fortune familiale. Tous les biens sur lesquels a vécu la famille sont uniformément distribués aux enfants, quelle que soit l'origine paternelle ou maternelle de chacun d'eux. Les attributaires les reçoivent ainsi avec cette mentalité plus naturelle, plus conforme aussi à l'idée de famille, que les biens paternels ou maternels se fusionnent entre les mains de la descendance commune, se valent entre eux et sont d'une semblable essence. Les enfants perdent l'habitude de considérer les successions de chacun de leurs parents comme étrangères l'une à l'autre, et leurs partages comme hétérogènes et incompatibles. Plus qu'aucun autre par conséquent, le partage d'ascendant conjonctif est la charte de la famille qui a terminé sa fonction et se disperse en des familles nouvelles, entre qui elle règle la dévolution de son patrimoine, de même que la famille qui se forme se donne une charte par son contrat de mariage. Le rôle du partage d'ascendant conjonctif est familial avant tout de la part de ses auteurs et non pas individuel.

Il en résulte que pour avoir vraiment tout son sens, il doit exprimer l'accord des deux parents chaque fois qu'ils vivent tous deux. Quoique valable encore, émanant du seul mari

il ne mérite ni la faveur ni l'attention bienveillante des juristes. Autant il est souhaitable que les deux époux soient à même de répartir de concert au moyen d'une œuvre commune leurs biens de communauté ; autant il l'est aussi que le survivant distribue licitement l'actif de la communauté dissoute entre les enfants communs ; autant il l'est peu que le mari ait le droit de liquider seul, durant la communauté donc en présence de sa femme, même partiellement, la fortune commune au profit des enfants. De deux choses l'une : ou les conjoints sont d'accord pour ce faire ; pourquoi ne se réunissent-ils pas dans un partage d'ascendant conjonctif ordinaire ? Ou ils ne le sont pas : on doit se méfier de l'acte fait par l'un d'eux sans le consentement de l'autre. Même au profit de ses enfants d'un autre lit, il n'est pas intéressant en morale juridique qu'un seul époux puise valablement dans la communauté actuelle. D'ailleurs si le mari partage, ce qui est normal, ses immeubles propres en même temps que les biens de communauté, la femme doit intervenir pour renoncer à son hypothèque légale au profit des enfants : quelle difficulté y a-t-il en pratique à ce qu'elle se fasse donatrice aussi ?

151. — Quant à l'emploi effectif de notre institution, il faut avouer qu'il est encore peu courant jusqu'à présent. Les partages d'ascendant conjonctifs sont encore loin d'être la majorité des partages d'ascendant qui se font en France.

En fait, c'est surtout le survivant des époux qui fait une donation-partage, beaucoup plutôt que les deux conjoints de leur vivant : les décisions judiciaires seules suffiraient à le prouver, sans recherche dans les minutes de notaires. Or, le survivant ne comprend la plupart du temps dans sa donation-partage (1) que sa part de la communauté dissoute. Si la répartition porte sur la masse commune entière, c'est dans des conditions telles qu'il n'y a pas partage d'ascendant conjonctif, ni même partage d'ascendant, parce que le survivant se contente d'abandonner ses droits indivis dans la communauté et reste étranger à leur répartition à laquelle les enfants procèdent entre eux.

En second lieu, pendant la communauté, les époux qui font

(1) A plus forte raison dans son testament-partage, parce que jusqu'à ce jour la masse des ascendants ignorent le moyen de faire autrement.

un partage d'ascendant commun, n'y comprennent guère que leurs immeubles, ou s'ils comprennent des objets mobiliers, ce n'est que leur train de culture. C'est là une seconde restriction à l'emploi du partage d'ascendant conjonctif ; il n'est pratiqué que par les paysans et l'observation psychologique et sociologique révèle que ce sont eux précisément qui répugnent davantage à se démettre de leurs fortunes de leur vivant ; ils associent volontiers leurs enfants à leur exploitation ; ces derniers sont même à partir d'un certain âge fréquemment les seuls à diriger ; mais le cultivateur français veut garder l'autorité et la gestion en titre, et se refuse à abandonner complètement ses biens.

Enfin, la richesse principale des familles bourgeoises avant 1914, et de plus en plus celle de toutes les familles à l'heure actuelle (1) est constituée par les valeurs de bourse. Parmi celles-ci même ce sont de beaucoup les valeurs au porteur qui l'emportent comme étant plus commodés. Chacun sait que les titres au porteur sont souvent répartis de la main à la main, sans acte ni quittance, ni aucune trace écrite, pour éluder le lourd tribut au fisc. Or, les valeurs mobilières constituent plus souvent l'actif de communauté, comme ayant été acquises au cours du mariage avec les économies communes, que les propres des conjoints ; ceux-ci dans leur contrat de mariage se réservent plus volontiers comme propres les immeubles que les valeurs de bourse. La majorité de la masse commune est donc ainsi répartie par les ascendants au moyen de dons manuels, s'ils la répartissent de leur vivant. Sans doute, le partage d'ascendant conjonctif comme tout partage anticipé (2) peut être réalisé par dons manuels sans perdre rien de sa nature, mais, alors, il échappe forcément au juriste.

152. — Ce peu de succès s'explique assez difficilement, sauf par l'interdiction et la nullité des clauses de réversibilité, étant donnés les nombreux avantages qu'offre non pas telle ou telle forme de partage d'ascendant conjonctif, mais la conjonctivité elle-même. Il n'y a pas d'inconvénient propre découlant de la notion de conjonctivité. Il n'est ni plus cou-

(1) A l'exception des familles ouvrières aisées qui emploient plus volontiers leurs économies à l'achat d'un jardinet ou d'une maison.

(2) Cf. notamment Bonnet : *Partage d'ascendant*, loc. cit., n° 367, p. 438 et 439.



teurs ni plus compliqué d'effectuer un partage d'ascendant conjonctif qu'un partage anticipé distinct pour chaque hoirie. Il est vrai que ce que peut présenter de fâcheux le partage d'ascendant ordinaire se trouve amplifié et aggravé dans le partage d'ascendant conjonctif, notamment le risque d'ingratitude de la part des descendants envers des parents complètement dépouillés. Mais ce danger n'est pas spécial au caractère conjonctif ; il se présente tout autant dans les partages d'ascendant distincts et accolés en la forme qui portent sur l'ensemble des biens des époux.

153. — D'une manière générale, le partage d'ascendant conjonctif permettant seul, si les époux sont mariés sous un régime de communauté, de ne laisser aucun de leurs biens en dehors de la masse de partage, est le seul qui assure le plein épanouissement des avantages du partage anticipé : substitution complète de la répartition intelligente des parents au sort aveugle, décharge entière par les ascendants âgés d'une administration et d'une exploitation aussi fatigantes pour eux que fâcheuses pour les biens, suppression de la plupart des sources de discordes pour le patrimoine entier des parents.

154. — Le premier avantage spécial de la conjonctivité, qui seule permet de considérer l'ensemble des biens comme une seule masse parmi laquelle on peut choisir librement, est une beaucoup plus grande facilité dans la composition des lots ; la masse de partage étant plus considérable, puisqu'elle est unique pour deux successions, on peut éviter le morcellement d'une manière beaucoup plus efficace. C'est toute la fortune entière des parents qui s'offre à leur choix pour allouer chacun et non pas les seuls biens personnels de l'un d'eux comme dans les partages anticipés ordinaires même accouplés en la forme, ou même les seuls biens propres au sens restreint du mot si les ascendants sont mariés sous un régime de communauté.

155. — On peut en outre disposer des effets composant la communauté, et ne laisser aucune parcelle des biens en dehors de la distribution. Au contraire, les partages anticipés faits par chaque époux se heurtent chacun aux règles de la commu-

nauté et ne peuvent embrasser les biens communs. On voit aussitôt la ressource qu'offre le partage d'ascendant conjonctif fait entre vifs dans certains cas, peut-être pas des plus courants mais qu'il n'est pas absurde de prévoir. C'est un enfant qui a l'intention de s'expatrier et pour cela a besoin d'un certain capital ; ses parents sont d'accord pour le lui verser. Mais quand l'un d'eux viendra à disparaître, le règlement de sa succession subira des lenteurs et des complications par suite de la résidence d'un des enfants dans des contrées lointaines ; en outre cet enfant éloigné a des raisons de craindre que ses intérêts ne soient pas des mieux soutenus lors du partage, sans parler de l'hypothèse où des frères et sœurs indéliçats s'entendraient pour mettre à profit son absence dans le but de le frustrer. Et la même situation se représentera au décès du survivant des époux. Un partage anticipé est tout indiqué pour régler actuellement avant le départ de l'enfant ses droits héréditaires en même temps que ceux de ses frères et sœurs au moyen d'un acte sur lequel il n'y aura pas à revenir. Si les parents sont mariés sous un régime de communauté, le partage d'ascendant conjonctif peut seul remplir le but poursuivi et régler définitivement le sort des deux successions intéressant l'enfant.

Ou bien c'est un enfant qui entre en religion dans un Ordre dont la règle lui fait rompre toutes attaches avec le monde. Son dessein est d'abandonner dès maintenant au profit de ses frères et sœurs l'émolument qu'il recueillera dans les successions de ses parents ; sa situation spéciale rendrait en effet le règlement de ces successions plus difficile, et toute idée de lucre est abandonnée par lui. Or, il lui est interdit de renoncer dès à présent aux successions de ses père et mère. Il n'a que deux moyens : ou bien laisser deux pouvoirs en blanc sur timbre à l'un de ses frères qui les remplira et datera en temps utile l'un pour renoncer à la succession du père, l'autre pour renoncer à celle de la mère. Ou bien prier ses parents d'effectuer dès maintenant la donation-partage de tous leurs biens, avec réserve d'usufruit, puis distribuer la part à lui attribuée en en faisant lui-même donation à ses frères et sœurs. La dilapidation de son lot par un descendant avant l'ouverture de la succession n'infirmes en rien le partage anticipé en tant que règlement de cette succession. Si les père et mère du futur

religieux ou de la future religieuse sont mariés sous un régime de communauté, le partage d'ascendant conjonctif est encore le seul qui puisse remplir le vœu des parties.

156. — Enfin, le partage d'ascendant conjonctif a cette supériorité de rendre inutiles la liquidation des reprises dues à chaque époux et des récompenses dues par lui, notamment des reprises de la femme qui sont de beaucoup les plus importantes, et la liquidation de la communauté elle-même. Tous les biens sont uniformément transmis aux enfants, quels que soient sur eux les droits respectifs des époux. Or, ces opérations toujours délicates donnent souvent naissance à des litiges entre les descendants héritiers de leurs parents. En outre, en l'évitant, on fait une économie de droits fiscaux et de frais notariaux.

157. — Peut-être ne faut-il pas chercher la cause du médiocre emploi du partage d'ascendant conjonctif ailleurs que dans la méconnaissance qu'ont encore pratiquement les parties de l'originalité de cette institution. En fait, comment se comportent les époux qui ont décidé d'user ensemble de la faculté de l'article 1075 du Code civil ? Ils exposent la situation à leur notaire et lui demandent de rédiger l'acte adhéquat. Leur souci est bien moins de passer un seul acte juridique indivisible qu'*un acte écrit* pour constater leur geste et leur servir de titre, sans s'attacher à son caractère. La conjonctivité est ainsi abandonnée au hasard de la composition des lots ; elle existera ou non suivant les commodités du partage, mais ne résultera aucunement de la volonté arrêtée des donateurs. Une remarque significative à cet égard est l'usage des parties pour désigner leur acte de parler de *donation-partage* et non de *partage d'ascendant conjonctif* (pas plus d'ailleurs que de *partage d'ascendant simple*). Ce n'est donc qu'à la longue que l'originalité de notre institution se dégagera dans la pratique, et ce n'est qu'en la connaissant mieux dans ses avantages, dans son mécanisme et dans ses effets que les parties se présenteront chez leur notaire avec l'idée précise de faire un acte juridiquement conjonctif. Ce jour-là, le droit de cité sera reconnu à l'institution, non plus seulement d'une manière platonique, mais par son entrée effective dans les mœurs.





## LIVRE II

### CONDITIONS D'EXISTENCE ET DE VALIDITÉ DU PARTAGE D'ASCENDANT CONJONCTIF

---

158. — Il n'y a pas lieu d'étudier séparément les éléments dont la réunion est requise pour l'existence ou la validité du partage d'ascendant conjonctif puis la sanction qui s'attache à leur défaut. Cette sanction apparaîtra d'elle-même à l'examen de chaque condition. Qu'il suffise de noter ici d'une manière générale qu'elle sera de triple nature elle-même, comme sont triples les conditions de l'absence desquelles elle résulte. Tantôt elle consistera dans la nullité de l'acte par suite du manque d'un élément nécessaire à sa validité ; tantôt dans sa précarité qui lui enlève toute force obligatoire par suite du manque d'un élément nécessaire à son efficacité pratique ; tantôt dans la disparition, soit de sa conjonctivité, soit de son caractère de partage anticipé, par suite du manque d'un élément nécessaire à son existence.

159. — On pourrait songer à diviser les conditions du partage d'ascendant conjonctif en deux groupes : les unes relatives aux personnes et les autres relatives aux biens. Mais ces dernières sont implicitement étudiées dans le livre précédent, parce qu'elles sont inhérentes à l'institution elle-même, et qu'il est impossible d'étudier celle-ci en faisant abstraction des biens sur lesquels elle porte et des diverses natures de ceux-ci : propres, communs, réservés, dotaux ou paraphernaux. Il est donc préférable d'opposer aux conditions relatives aux parties les conditions relatives à la technique de l'acte, qui ne sont plus des éléments de fond, mais des

formalités exigées pour sa régularité. On aperçoit aussitôt que les premières s'imposent à ceux qui concourent au partage d'ascendant conjonctif et ne sont maîtres, par exemple, ni de leur qualité d'héritiers présomptifs, ni de leur capacité, ni de leur statut matrimonial, tandis que les secondes dépendent uniquement de la volonté des parties qui sont libres d'y satisfaire ou non à leur gré en passant leur acte.

---

## TITRE PREMIER

### CONDITIONS RELATIVES AUX PARTIES

---

#### CHAPITRE PREMIER

##### Conditions requises des ascendants

---

#### SECTION I

##### *Capacité*

160. — Le partage d'ascendant conjonctif dont l'auteur est unique est ici sans intérêt. L'incapacité de cet auteur unique a les mêmes répercussions que sur un partage anticipé ordinaire ne comprenant que les biens dont l'ascendant a la propriété entière et exclusive. La conjonctivité est sans influence.

Toutes les incapacités ne présentent pas non plus d'intérêt. Si l'un des époux est pourvu d'un conseil judiciaire, seule est requise comme condition l'autorisation du conseil judiciaire. Quant au mineur, on sait que toute donation entre vifs lui est interdite (article 904 du Code civil), alors même qu'il est émancipé par le mariage.

161. — Si l'un des époux, mari ou femme, est aliéné mentalement, sans être ni interné, ni interdit, ou, tout en étant interné dans un établissement spécial, sans que son interdiction soit prononcée, aucune habilitation ni précaution spéciale n'est nécessaire pour passer la donation-partage. Mais celle-ci est attaquable dans la suite et le demeure, par exception à

l'article 504 du Code civil, même après la mort de celui qu'on prétend aliéné.

Conformément au droit commun, pour que l'action réussisse, le demandeur doit prouver que l'époux avait une crise de folie au moment même de la passation de l'acte, ce qui est déjà assez difficile pour une libéralité émanant d'un seul auteur, à moins que ses dispositions ne contiennent d'édifiantes élucubrations, ce qui est rare dans un acte rédigé par un notaire en la forme et généralement aussi contrôlé par lui au fond. Le concours du conjoint sain d'esprit dans un acte qui n'est pas fait en sa faveur mais en celle des enfants, par conséquent où nulle pression de sa part, ni aucun abus d'influence ne sont à craindre, est une très précieuse présomption d'un intervalle lucide. Cet argument mis en lumière par l'avocat des défendeurs impressionnerait certainement le tribunal. Mais, c'est une arme à deux tranchants : si les circonstances de la donation ou les agissements du conjoint sain d'esprit laissaient supposer que celui-ci a profité de la situation soit dans son intérêt personnel, soit dans celui de certains des enfants, avec leur accord ou même leur unanimité, il y aurait au contraire une grave présomption que l'aliéné n'avait pas tout son esprit lorsqu'on lui a fait passer l'acte.

162. — Le succès de l'action en nullité a pour résultat de ne faire tomber qu'en entier et pour le tout la donation-partage indivisible, par une conséquence propre de la conjonctivité. Il n'y a nullité résultant de l'aliénation mentale que sur la disposition des biens appartenant au malade et de ses seuls droits dans la communauté ; mais l'autre partie de l'acte tombe aussi parce que la destruction de l'économie du lotissement ne lui permet pas de subsister seule. Du reste, si c'est le mari qui est frappé d'aliénation mentale, il n'a pu valablement autoriser sa femme à disposer, pas plus sur ses propres que sur les biens de communauté : l'acte est alors nul du chef du conjoint aussi bien que du chef de l'aliéné lui-même. Le partage d'ascendant conjonctif est encore nul pour le tout à raison même de l'aliénation mentale s'il s'agit non plus d'effets personnels aux époux mais d'effets de communauté, parce qu'il n'a pas été passé avec le consentement valide des deux conjoints nécessaire à la disposition sur l'actif commun ; il



en est ni plus ni moins que si l'époux sain d'esprit en avait seul disposé. On voit aussitôt l'exception qui se présente : si l'acte réunit les conditions suffisantes pour émaner licitement d'un seul époux, il demeure valable pour le tout sauf pour les propres de l'aliéné. C'est ce qui a lieu si l'ascendant sain d'esprit est le mari et que sa disposition opère établissement de tous les enfants communs, ou que plus tard la femme renonce à la communauté dans un intervalle lucide et d'une manière qui ne puisse pas être attaquée elle-même, ou encore que ses héritiers y renoncent de son chef après son décès. Le succès de l'action en nullité du chef de la femme ou de ses héritiers laisse subsister le partage d'ascendant conjonctif comme censé fait par le mari seul. L'intérêt pratique de l'action pour démence disparaît ainsi, et il est recommandé d'examiner son effet utile avant de l'intenter ; notamment, lorsque la femme aliénée a compris ses propres à l'acte, si leur répartition est assez intimement liée à la répartition générale pour entraîner *ipso facto* la caducité totale de l'opération indivisible.

163. — La seule différence entre les deux cas qui viennent d'être examinés est que l'internement d'un des époux facilite le succès de l'action en nullité par la présomption de démence à laquelle il donne ouverture. Quant aux conditions d'exercice et aux conséquences de l'action, elles sont les mêmes. Dans les deux cas par conséquent, si les ascendants veulent s'assurer la parfaite régularité de leur donation-partage commune, étant donné que c'est un acte qui dépasse l'administration, ils doivent faire prononcer l'interdiction du malade. C'est sans doute une dépense et une perte de temps, mais leur règlement de famille est ainsi à l'abri de toutes critiques. Cette mesure de précaution n'est cependant utile que si l'aliéné est le mari, ou si les parties, quand c'est la femme, ont l'intention de répartir aussi ses biens propres. En effet, on verra que le partage d'ascendant conjonctif n'est à la portée du tuteur de l'interdit que s'il opère établissement des enfants communs, c'est-à-dire dans le cas où précisément, la démence de la femme est sans influence sur la donation des biens de communauté ou des propres du mari.

164. — Examinons maintenant le cas d'interdiction, sans distinguer entre l'interdiction judiciaire et l'interdiction légale, laissant de côté la controverse sur l'assimilation de l'interdit judiciaire et de l'interdit légal en ce qui concerne la donation entre vifs (1). On suppose résolue dans un sens ou dans l'autre sans prendre parti cette controverse qui n'est en rien spéciale à la conjonctivité.

Pour être conjonctif le partage d'ascendant doit comprendre, outre les propres du conjoint sain d'esprit, ceux de l'interdit ou les effets de communauté. L'interdiction de la femme est sans influence sur les propres du mari ; celui-ci demeure évidemment toujours libre de les donner. Si c'est le mari que frappe l'interdiction, il est sous la tutelle de la femme ou d'un tiers. Dans le premier cas, ni l'interdiction de son mari ni la tutelle qui lui est conférée ne relèvent l'épouse en ce qui concerne ses biens propres de l'incapacité dont elle est frappée en tant que femme mariée. Pour les comprendre dans le partage d'ascendant conjonctif comme dans toute donation entre vifs, elle a besoin d'une autorisation ; cette autorisation, au lieu de lui être accordée par son mari incapable, l'est par justice. L'épouse doit obtenir la permission du tribunal, mais elle peut la solliciter en toute hypothèse, sans être soumise à aucune condition autre que l'appréciation du tribunal. En fait, étant donnée la pratique judiciaire, l'autorisation de justice est pure formalité qu'on ne refuse jamais, hors le cas d'opposition du mari et de véritable procès entre les époux. Si le tuteur du mari est un tiers, l'autorisation requise reste celle de justice et non celle de ce tiers.

Quant aux biens de communauté et aux propres de l'interdit, il ne s'agit pas, en matière de dispositions à titre gratuit, d'obtenir une habilitation, mais d'être relevé d'une incapacité véritable strictement réglementée. Or, il n'y a qu'un seul cas où la donation soit permise à l'interdit, ou plutôt sur ses biens à son tuteur. Celui de l'article 511 du Code civil : « Lorsqu'il sera question du mariage de l'enfant ». Par cette unique issue assez étroite, peut-on faire passer le partage d'ascendant conjonctif ?

(1) Voir sur ce point Colin et Capitant, t. III, p. 655, Civ., 27 février 1883. D. P., 83, 4, 113, motifs et références y citées.

Il est généralement admis (1) que l'article 511 ne doit pas être entendu dans son sens strictement littéral, et qu'il s'étend à d'autres établissements que le mariage. Un doute naîtrait bien du caractère exceptionnel de l'article qui consacre une dérogation au droit commun en permettant au conseil de famille de disposer des biens d'un incapable, et qui devrait être interprété strictement. Mais il y aurait alors une lacune regrettable dans la loi, alors qu'il n'y a aucune raison plausible de distinguer ici, du moment qu'on ne le fait pas ailleurs, entre l'établissement par mariage ou autrement (2). Le bon sens indique suffisamment que la stipulation de l'article 511 n'a pas pour but de faciliter le seul mariage des descendants de l'interdit, mais qu'elle est inspirée par cette idée beaucoup plus générale d'empêcher que des descendants ne souffrent de l'interdiction de leur père et de l'indisponibilité de ses biens quand il s'agit pour eux de se faire une situation et une vie indépendantes. En d'autres termes, le mot *mariage* de l'article n'est qu'un exemple d'un cas particulier et non une désignation limitative. Il est d'autant plus désirable de faciliter aux enfants une situation de fortune indépendante que l'état de leur père ne lui permet ni de s'occuper d'eux, ni de pourvoir à leurs besoins individuels ou aux besoins collectifs de la famille.

165. — Chaque fois par conséquent que le partage d'ascendant conjonctif opère établissement des enfants communs, et on en verra plus loin les conditions, il est permis sur les biens personnels du conjoint interdit, que ce soient ses propres ou la communauté sur laquelle il a des droits indivis. Si c'est le mari qui est interdit, la disposition est réalisable sur les uns et les autres soit par la femme seule, tant en son nom personnel qu'en sa qualité de tutrice, soit par elle et le tuteur du mari s'il est un tiers. Si c'est la femme qui est interdite, son mari est tuteur de droit (art. 506 du Code civil). Il administre encore les biens personnels de son épouse, non plus en tant que mari, mais en tant que tuteur comme s'il s'agissait d'un mineur ; il est donc incapable de les donner autrement

(1) Rép. prat. Dalloz, V<sup>o</sup> Interdiction, n<sup>o</sup> 158.

(2) Amiens, 6 août 1824. J. G. Dalloz, V<sup>o</sup> Interdiction, n<sup>o</sup> 193, aff. Decrony.

que pour l'établissement des enfants communs. En ce qui concerne la masse commune, il continue de l'administrer comme si la femme n'était pas interdite, mais le concours de celle-ci pour compléter sa personnalité de donateur étant impossible, il reste soumis pour la transmettre à titre gratuit à l'article 511, et pour la totalité des biens communs, puisque le partage provisionnel au cours de la communauté est prohibé ainsi que toute autre manière de déterminer la portion appartenant à chaque époux.

Cependant si les parties n'ont pas l'intention de comprendre les propres de la femme interdite dans le partage d'ascendant conjonctif, elles jouissent d'une liberté plus grande que lorsque l'interdit est le mari, en vertu du pouvoir qu'a ce dernier de le passer seul dans deux cas : celui d'établissement de tous les enfants communs et celui de renonciation ultérieure à la communauté par la femme ou ses héritiers. Cette seconde éventualité fait disparaître le caractère conjonctif. Quant à celle d'établissement des enfants, le partage d'ascendant conjonctif est réalisé licitement par le mari seul agissant comme unique donateur chaque fois qu'il l'est par lui au nom et comme tuteur de sa femme. La seule infériorité est son inaptitude à comprendre alors les propres de la femme. Mais son avantage est l'économie appréciable de temps et d'argent qui résulte de ce qu'il n'y a besoin ni de l'autorisation du conseil de famille de la femme, ni de l'homologation du Tribunal.

166. — L'ascendant condamné à une peine afflictive perpétuelle est non seulement frappé d'interdiction légale, assimilable d'après les plus exigeants à l'interdiction judiciaire, mais frappé de l'interdiction absolue et perpétuelle de disposer à titre gratuit (1). Le partage d'ascendant conjonctif est alors absolument impossible en droit, car il n'est licite ni au condamné de donner personnellement ses propres ou de concourir à la donation des effets de communauté, ni à son conjoint de disposer seul de ces derniers, à moins que ce conjoint ne soit le mari et qu'il y ait renonciation à la communauté par la femme condamnée ou établissement de tous les enfants communs. En fait, deux considérations contribuent à atténuer

(1) Loi du 31 mai 1854, article 4.



la rigidité de ce principe. D'une part, la condamnation à une peine afflictive perpétuelle est cause de divorce ou de séparation de corps ; le conjoint en use presque toujours et la communauté se trouve ainsi rapidement dissoute. D'autre part, le gouvernement a la faculté de relever partiellement le condamné de l'effet de la peine portée contre lui. La donation-partage conjonctive, tant des effets personnels du condamné que de l'actif commun, redevient ainsi possible en vertu d'une autorisation gouvernementale, dans les conditions précisées pour l'interdiction judiciaire si on admet l'assimilation des deux sortes d'interdiction, et sinon dans les conditions ordinaires de la donation entre vifs. Cet arrangement de famille est au plus haut point préférable, même si les enfants ne sont pas âgés ; il est la meilleure liquidation imaginable de l'actif commun ; il permet au conjoint d'être affranchi de l'indisponibilité de cet actif autrement qu'en recourant au divorce ou à la séparation de corps, sans en subir de préjudice puisqu'il a licence de se réserver l'usufruit ou de stipuler une rente viagère. L'avocat du condamné est seul à même en pratique de connaître ce moyen commode d'éviter au patrimoine familial de subir les conséquences de la sanction pénale ; à lui de faire les diligences nécessaires pour que la donation-partage intervienne avant le départ de l'époux pour le lieu où il doit purger sa peine, afin que la passation de l'acte soit plus facile.

## SECTION II

### *Statut matrimonial des ascendants*

#### § I. — Le droit d'option

167. — Le droit d'option tant qu'il n'est pas ouvert par la dissolution de la communauté (n° 20 *supra*) n'empêche jamais la réalisation d'un partage d'ascendant conjonctif, tout au moins entre des enfants qui sont tous nés du mariage actuel ; on verra plus loin un principe contraire s'il se trouve des descendants de lits différents. Dans les hypothèses où le partage d'ascendant conjonctif est postérieur à la dissolution de la communauté, le droit d'option ne met pas non plus obstacle à la réalisation de celui-ci après qu'il est ouvert,

tant qu'il n'a pas été exercé dans un sens ou dans l'autre. Il ne s'y oppose même pas lorsque la femme a déjà usé de son option. On le conçoit pour l'acceptation de la communauté. Il en est encore ainsi pour la répudiation. La veuve conserve le droit de faire un partage d'ascendant conjonctif après renonciation régulière. L'option est en effet irrévocable ; le fait par une femme renonçante d'effectuer un partage d'ascendant conjonctif ne saurait être une acceptation par ingérence après coup ; les biens de communauté qu'elle répartit le sont par elle en tant que biens du mari ni plus ni moins que les propres de ce dernier. La répudiation a pour effet simplement de modifier le rapport des biens d'autrui et des biens personnels du disposant. La veuve n'a donc licence d'effectuer un partage d'ascendant conjonctif après renonciation qu'à la condition, essentielle au caractère de partage anticipé et non à la conjonctivité seulement, d'y comprendre ses biens propres. Sinon son acte, fait exclusivement sur la chose des héritiers du mari, n'offre le caractère ni d'un partage anticipé ni d'un acte conjonctif (1). Cependant si la communauté comprend des biens réservés à la femme comme provenant de son industrie personnelle, ces biens lui appartiennent malgré sa renonciation et leur qualité de communs (art. 5, § 2 de la loi du 13 juillet 1907). Il n'est pas nécessaire en ce cas que la renonçante distribue ses propres ; il suffit qu'elle ne sépare pas ses biens réservés de la masse commune.

§ 11. — **Les clauses spéciales insérées au contrat de mariage**

168. — Deux clauses retiendront notre attention comme ayant une influence sur la possibilité de notre institution et sur son caractère conjonctif quand elles sont insérées dans le contrat de mariage des ascendants. La première est la stipulation (art. 1522 et 1524 du Code civil) que le mari, la femme ou le prémourant n'aura droit dans la communauté qu'à une somme fixe, quelle que soit la valeur de la masse active lors de la dissolution. Si c'est la femme qui doit conserver tous les

(1) Cependant la veuve renonçante réalise valablement, du gré des enfants majeurs et maîtres de leurs droits, la répartition des biens de communauté sans y joindre ses propres ; mais cette opération n'a la valeur que d'un partage par un tiers.

biens communs à charge de payer le forfait, elle garde sa faculté de répudiation et se trouve ainsi dispensée de l'acquitter. La seconde clause attribue toute la communauté au mari, à la femme, au survivant ou à tel époux s'il survit. L'article 1525 qui admet cette combinaison la complète par deux règles : la possibilité pour la femme de renoncer à la communauté quoique ce soit elle l'attributaire de tout l'actif commun ou qu'elle le devienne par sa survie, et la faculté pour l'autre époux ou ses héritiers de reprendre, sauf clause contraire expresse, ses apports et biens mobiliers tombés en communauté. Ces deux clauses s'appliquent aussi bien à la société d'acquêts qu'à la communauté légale.

169. — Le forfait de communauté laisse la disposition à titre gratuit licite si les ascendants conservent en dehors d'elle une valeur égale au forfait que l'un d'eux devra verser à l'autre lors de la dissolution de la communauté. S'ils ne prennent pas cette précaution et répartissent entre leurs enfants la communauté entière, l'ascendant bénéficiaire du forfait n'abandonne-t-il pas un avantage à lui accordé par le contrat de mariage, ce qu'interdit l'immutabilité des conventions matrimoniales ? Il est vrai que l'époux qui a droit au forfait viole la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales s'il y renonce en faveur de son conjoint. Mais il n'y a rien de semblable dans son concours à la transmission intégrale de la communauté à titre gratuit. Les rapports respectifs des époux entre eux tels qu'ils ressortent des stipulations de leur contrat nuptial ne sont pas modifiés. L'époux bénéficiaire contribue simplement à la libéralité pour la valeur fixe à laquelle il a droit dans la communauté, comme, en l'absence de la clause forfaitaire, il y contribuerait pour la moitié ou telle autre fraction de la masse commune impossible à connaître avant la dissolution.

170. — On a soutenu plus sérieusement que l'autre clause, celle d'attribution de la communauté à l'un des époux, empêchait ceux-ci de disposer à titre gratuit de la totalité de leur communauté, donc d'effectuer valablement un partage d'ascendant conjonctif. Un tel acte serait un pacte sur succession future, une renonciation prohibée à une institution

contractuelle (1). La clause attribuant toute la communauté à l'un des époux est une institution contractuelle ; la libéralité sur l'actif commun est donc doublement prohibée : du chef de l'époux non attributaire qui a consenti l'institution contractuelle, parce qu'il en réduit l'effet au préjudice de son conjoint en disposant à titre gratuit au profit de tiers, en l'espèce les enfants communs, des effets de communauté qui font partie de cette libéralité irrévocable. Et du chef de l'époux attributaire, parce qu'en donnant les biens de communauté il dispose d'effets sur lesquels il n'a de droits qu'en vertu d'une institution contractuelle non encore ouverte (2) ; ce qui est stipuler sur succession future, renoncer au bénéfice d'un droit qui ne s'ouvrira qu'au décès d'un des époux.

Il est facile de réfuter cette argumentation. D'abord, la libéralité faite aux descendants communs laisse entière la stipulation du contrat de mariage, comme on vient de le voir pour la première clause. Elle est réputée, en vertu de cette stipulation, faite par le seul attributaire, l'autre n'ayant jamais eu de droit sur les biens donnés. En second lieu, lors même que l'ascendant non attributaire disposerait d'effets devant revenir à son conjoint par une institution contractuelle, son geste est licite, puisque le conjoint, bénéficiaire éventuel, consent à cette réduction en se faisant codonateur ; ce dernier est même seul donateur d'effets qui ne doivent appartenir qu'à lui. Enfin, le point de départ de l'argumentation est inexact : la stipulation que l'un des époux ou le survivant recueillera toute la communauté n'est pas une institution contractuelle parce qu'elle n'est pas une libéralité aux termes formels de l'article 1525 du Code civil, mais une convention de mariage à titre onéreux, sauf au regard des enfants d'un premier lit.

171. — On est donc mal fondé à prétendre que les père et mère n'ont pas le droit de comprendre leur actif de communauté dans un partage anticipé quand leur contrat de mariage règle que cet actif lors de la dissolution appartiendra en entier à l'un d'eux, à charge ou non de verser une somme forfaitaire

(1) Thèse des demandeurs en cassation, aff. Dalençon, Req. 31 juillet 1867. S., 68, 1, 36.

(2) L'acte est fait entre vifs par hypothèse.



à l'autre. Il reste à savoir si l'opération présente encore le caractère conjonctif.

Sauf dans le cas de mention expresse à leur acte que les ascendants conservent une somme de... représentant le forfait de communauté attribué à l'un d'eux, il est assez difficile en pratique de savoir s'ils l'ont ou non réparti entre leurs enfants. Supposons cette difficulté de fait résolue. Pour la clause d'attribution, il est aisé de savoir en fait si les apports et capitaux de l'époux non attributaire sont compris au partage anticipé dont on recherche la conjonctivité, car ce sont des corps certains, la plupart du temps, faciles à reconnaître ; la lecture du contrat de mariage indique en outre s'ils reviennent ou non à l'attributaire de la communauté, et si, par conséquent, ils sont donnés de son chef ou de celui de leur ancien propriétaire.

Groupons les deux cas : celui où le forfait de communauté est compris dans le partage anticipé, et celui où les apports et capitaux de l'époux non attributaire doivent lui revenir. L'un des ascendants donne ses apports et capitaux mobiliers qu'il aurait repris ou la valeur fixe qu'il aurait reçue à la dissolution de la communauté. Son conjoint donne tout le reste de la masse commune. La conjonctivité est possible dans le partage anticipé, mais non immanquable ; elle n'est plus naturelle, bien qu'il s'agisse de biens de communauté, puisqu'on connaît dans quelles proportions les effets sont donnés par chaque époux ; elle ne peut qu'être artificielle et résulter de la manière dont il est procédé à la distribution.

172. — Si, au contraire, le forfait de communauté n'est pas transmis aux descendants ou si le contrat de mariage ne permet pas à l'époux non attributaire de reprendre ses apports et objets mobiliers, le caractère conjonctif n'existe pas, à moins que les propres de l'époux non attributaire ou bénéficiaire du forfait ne soient en même temps répartis. L'époux non attributaire n'a aucun droit à transmettre ; il n'est pour rien dans la libéralité ; il n'intervient à l'acte que pour permettre à son conjoint de le passer sur les biens communs. De même, le bénéficiaire du forfait conserve dans la caisse commune de quoi assurer le versement de la somme à laquelle il aura droit en tout et pour tout sur la masse

indivise et sait n'avoir rien à prétendre sur les effets donnés. Dans le cas spécial où le bénéficiaire du forfait est le mari, son droit sur les biens qui composent la communauté tant qu'elle dure existe, mais est alternatif : étant donné que la femme conserve un moyen de ne pas payer la somme fixe en répudiant la communauté, le mari est propriétaire éventuel ou de la seule somme forfaitaire laissée en dehors de la disposition en cas d'acceptation par la femme, ou de l'intégralité de la communauté, en cas de renonciation. C'est l'un ou l'autre. Quelle que soit l'option de la femme, le partage anticipé sera fait par un seul époux comme donateur.

Sous le régime de communauté réduite aux acquêts, aucun apport de l'époux non attributaire ne tombe en communauté. L'absence de conjonctivité naturelle est donc la même et s'explique de la même manière qu'en cas de stipulation expresse que l'époux qui conserve toute la communauté est dispensé de rendre à son conjoint ses apports et capitaux mobiliers.

173. — Le mari a le droit de partager anticipativement seul l'actif commun du vivant de sa femme et durant la communauté s'il en est attributaire dès à présent à charge ou non de verser à sa femme une somme arbitrée. Il suffit qu'il laisse à celle-ci la valeur du forfait auquel elle pourra prétendre lors de la dissolution, elle ou ses héritiers, ou qu'il respecte, sauf clause contraire, les apports et biens mobiliers de la femme tombés en communauté. Mais un tel acte manque nécessairement du caractère conjonctif comme ne portant que sur les biens d'un seul individu.

174. — La femme au contraire n'a jamais licence de passer seule un partage anticipé qui comprenne les biens de communauté, même non conjonctif, quand c'est elle qui doit conserver l'actif commun moyennant ou non indemnité fixe au mari. Cela résulte du droit d'option que d'ordre public lui assure l'article 1453 du Code civil ; par sa répudiation, elle a la faculté de supprimer ses droits sur les effets donnés par elle, d'en rendre le mari rétroactivement seul propriétaire, et d'anéantir ainsi sa libéralité. Sa donation est par conséquent subordonnée à une condition potestative de sa part, ce qui la

rend radicalement nulle aux termes de l'article 944 du Code civil.

175. — Si l'attributaire est le survivant des époux ou tel époux s'il survit déterminé d'avance, le mari peut encore faire le partage de la communauté, mais, outre que la validité de son acte est subordonnée à la condition de sa survie qui confirmera ses droits de propriété, la conjonctivité ne s'y rencontre jamais. La faculté d'option de la femme l'empêche toujours de consentir un tel acte. Le concours du mari comme codonateur est nécessaire pour parer à l'éventualité d'une répudiation qui le rendrait seul propriétaire des effets donnés, alors même qu'il serait prédécédé, et pour empêcher par conséquent que l'étendue ou la validité de la libéralité consentie par la femme soit soumise à un choix qui ne dépend que d'elle.

---

## CHAPITRE II

### Conditions requises des bénéficiaires

---

176. — Ces conditions ne touchent en rien à la capacité. Elles ont uniquement trait à la qualité d'héritier présomptif de l'ascendant requise chez le bénéficiaire. Quiconque peut être gratifié par un partage anticipé ordinaire ne peut pas l'être par un partage d'ascendant conjonctif. La conjonctivité restreint le cercle des bénéficiaires possibles de notre institution. Deux règles dominant en effet le partage anticipé relativement aux descendants. La première est que le partage anticipé doit comprendre tous les descendants qui sont héritiers présomptifs de son auteur au décès de celui-ci ; la sanction en est la nullité de l'acte. La seconde est que le partage anticipé ne peut comprendre que ceux qui sont descendants et héritiers présomptifs de l'ascendant ; sinon l'acte perd son caractère de partage anticipé, tout en restant peut-être valable à un autre titre. Cette dernière exigence

est aisée à comprendre : le partage anticipé est la répartition entre ses héritiers présomptifs de la ligne directe descendante par l'ascendant lui-même de la succession qu'il leur laisserait autrement dans l'indivision ; l'essence de tout partage exige qu'il n'ait lieu qu'entre ceux qui ont droit aux biens indivis ; le partage de pré-succession ne saurait, pas plus qu'un autre, comprendre des étrangers qui ne seraient pas appelés à la succession de l'ascendant. S'il les gratifie, c'est nécessairement à titre de pure libéralité, et non à titre de partage anticipé, puisqu'il ne saurait avoir pour effet d'éviter entre eux une indivision ultérieure. Pour qu'un acte soit bien un partage anticipé, il doit n'intervenir qu'entre des descendants qui possèdent tous un droit de même nature sur les biens partagés, autrement dit un droit tel qu'en l'absence de l'acte ceux-là auraient tous été appelés à partager ces biens-ci entre eux, quoique dans des proportions peut-être inégales.

Comment concilier ces deux règles à propos du partage d'ascendant conjonctif, c'est-à-dire quand deux époux usent de la faculté de l'article 1075 du Code civil au moyen d'une œuvre unique et indivisible ?

Aucune difficulté ne se présente si l'un et l'autre n'a comme héritiers présomptifs en ligne directe descendante que ses enfants nés du mariage actuel ou leurs représentants. Si l'un d'eux en a d'autres qui ne sont pas héritiers présomptifs de son conjoint, il est obligé de les comprendre à son acte à peine de nullité ; or, ces enfants manquent de qualité pour participer au partage d'ascendant unique en tant qu'il est fait par le conjoint de leur auteur pour qui ils ne sont que des étrangers. Comment résoudre le conflit ? Ou bien la répartition des biens à titre de partage anticipé est irréalisable, ou bien elle perd son caractère de partage d'ascendant, ou bien elle n'est plus conjonctive par suite de la nécessité de séparer les dispositions de chaque époux. C'est ce qu'il y a lieu d'examiner.

177. — Il importe de préciser auparavant quels descendants sont héritiers présomptifs de l'un et de l'autre des époux à la fois et lesquels ne le sont que de l'un des époux. Pour plus de commodité, on nommera les premiers *descendants communs* et les seconds *descendants unilatéraux*.



Cinq catégories d'enfants sont communs aux époux :

1<sup>o</sup> Les enfants du sang, les enfants légitimes nés du mariage des époux et ceux qui sont légitimés par ce mariage ; 2<sup>o</sup> Les enfants adoptés par les deux ascendants, qu'ils l'aient été par l'un et l'autre au cours du mariage actuel en même temps, ou qu'ils l'aient été d'abord par l'un puis par son conjoint ; 3<sup>o</sup> Les enfants légitimes ou légitimés nés d'un premier mariage d'un des époux et adoptés par son conjoint ; ils sont, à partir de l'adoption, héritiers présomptifs des deux époux ; 4<sup>o</sup> Les enfants naturels d'un époux reconnu par lui avant son mariage actuel et adoptés par son conjoint ; 5<sup>o</sup> Enfin, les enfants naturels nés des deux conjoints, à condition qu'ils soient reconnus par tous deux, ce qui rend le cas purement théorique : on rencontre rarement des enfants naturels reconnus par les deux époux qui ne soient pas légitimés ; ils le sont de plein droit s'ils ont été reconnus avant ou au moment du mariage de leurs auteurs, et, s'ils n'ont été reconnus que postérieurement au mariage par l'un ou tous deux, ils sont légitimables par jugement ; faculté dont ne manquent pas d'user les parents. Ces catégories, sauf les deux dernières, comprennent également les descendants à l'infini de ces enfants.

Tous ces enfants communs sont à même d'être gratifiés par un partage d'ascendant conjonctif, non seulement lorsqu'ils appartiennent tous à un même groupe, mais lorsqu'ils sont en concours avec des descendants d'un groupe différent. Par exemple, deux époux ont adopté deux enfants, puis ont eu de leur mariage un enfant légitime, après avoir reconnu un enfant naturel né de leur union ; ils peuvent et doivent comprendre ces quatre enfants dans leur partage d'ascendant conjonctif, avec cette réserve toutefois que leur enfant naturel n'a droit qu'à moitié d'un quart en présence de trois enfants légitimes et doit être alloti en conséquence (1).

178. — Tous autres descendants ne sont qu'unilatéraux : les enfants légitimes ou légitimés d'un mariage antérieur d'un des époux, ses enfants adoptifs et les enfants naturels

(1) Peu importe que les époux ou l'un d'eux n'aient reconnu cet enfant naturel qu'au cours du mariage ; malgré la présence d'enfants légitimes, l'art 337 C. C. ne s'applique pas. Cf. outre le texte de cet article, Nouv. C. C. annoté Dalloz, art. 337, nos 7 et suiv.

reconnus par lui, encore que nés du commerce illégitime des époux actuels s'ils ne sont pas reconnus par le conjoint.

A leur égard, l'acte par lequel les ascendants ou l'un d'eux transmettent à leur postérité sans distinction d'origine les biens qui leur appartiennent en commun ou en propre et les répartissent comme s'ils devaient composer une succession unique n'est jamais un partage d'ascendant conjonctif. Qu'on se rappelle l'analyse donnée plus haut de la conjonctivité (n<sup>o</sup> 71 et suiv.) : c'est l'impossibilité juridique de savoir si un effet donné mis au lot d'un enfant l'est à titre successif du chef du père ou du chef de la mère. Les enfants unilatéraux ne possèdent qu'un seul titre successif : vis-à-vis de leur auteur propre. Aucune confusion n'est possible en ce qui les concerne, ni aucune indivisibilité ; quelle que soit l'origine effective des biens mis dans leur lot, tout ce qui leur est attribué l'est nécessairement à titre de partage anticipé du chef de leur ascendant unique et non du chef de son conjoint. Pour être du reste conjonctif, l'acte doit porter sur des biens dépendant de deux successions, par conséquent non seulement sur des effets appartenant à l'auteur des enfants unilatéraux, mais aussi sur des effets appartenant à son conjoint. Or, en ce qui concerne ces derniers, la libéralité n'est pas un partage anticipé, mais une donation entre étrangers si elle émane du conjoint qui en est propriétaire, ou une donation de la chose d'autrui si elle émane de l'auteur lui-même qui n'a sur eux aucun droit de propriété, ou s'il s'agit de biens de communauté aucun droit exclusif. La situation est relativement simple quand l'opération n'a aucun caractère indivisible. Au regard des enfants unilatéraux, il existe deux actes parfaitement distincts quoique accolés en la forme : un partage d'ascendant et une donation entre étrangers ou une donation de la chose d'autrui. Mais seul fait l'objet de cette étude l'acte qui présente le caractère conjonctif, ce qui a lieu nécessairement s'il porte sur la masse de communauté.

179. — L'analyse de la conjonctivité ne diffère pas suivant les variétés d'actes présentant un lotissement unique et indivisible d'effets ayant une double origine. Tout bien et toute parcelle de bien mise en un lot, quelle qu'en soit la provenance

réelle est censée provenir de chaque époux dans la proportion où sa succession contribue respectivement à la formation de la masse de partage. Si bien que l'enfant unilatéral du mari qui ne reçoit en son lot que des biens de son père est censé les tenir en partie de la femme de ce dernier, et à titre de donation entre étrangers. La confusion du partage anticipé et de la libéralité qui lui est jointe est une confusion intime qui existe sur chaque parcelle de raison, dès que le lotissement est unique et homogène. Et la composition des lots est impuissante à empêcher ce résultat qui ne dépend que de la qualité qu'a chaque attributaire d'enfant commun ou d'enfant unilatéral.

180. — La distribution par deux époux de leurs deux successions confondues sans distinction d'origine entre des descendants qui ne sont pas tous communs à eux s'analyse ainsi en un acte hybride qui n'est pas sans analogie avec l'opération effectuée par le survivant des époux. Cependant l'acte du survivant remplit le même rôle que le partage d'ascendant conjonctif des deux époux. Il a pour but comme lui de faire cesser l'indivision du patrimoine familial par l'expression de volonté de la génération précédente de laquelle il vient. Que l'opération soit un partage d'ascendant pur ou qu'elle soit intimement mêlée à un partage ordinaire, son sens et son effet sont identiques, notamment au regard des enfants qui possèdent tous un semblable titre héréditaire sur la masse distribuée, malgré qu'une partie leur en soit déjà dévolue et l'autre pas encore. Il ne s'agit bien que d'une simple variété du partage d'ascendant conjonctif. Au contraire, l'opération effectuée par des époux entre leurs enfants de lits différents n'est qu'un amalgame de deux actes juridiques d'essences entièrement différentes ; le partage anticipé d'une succession entre les ayant droits et la transmission à titre gratuit d'une autre à des étrangers. Cette combinaison a pour conséquence presque inévitable de faire passer les biens d'une famille dans une autre. On comprend qu'elle n'a que des attaches assez lâches avec le partage d'ascendant conjonctif régulier. Cette étude prendrait des proportions trop vastes si elle examinait tous les actes qui peuvent être joints d'une manière indivisible au partage anticipé.

181. — En résumé, l'acte des époux ou de l'un d'eux ne présente jamais aucun intérêt quel que soit le cas pratique imaginé, que les enfants unilatéraux soient seuls, qu'ils soient en présence d'enfants communs ou d'enfants unilatéraux de l'autre époux. Mais du moins leur présence nuit-elle aux enfants communs et empêche-t-elle un partage d'ascendant conjonctif d'être fait à leur profit ? Telle est la question qu'il reste à examiner maintenant.

Les enfants unilatéraux ont sur les propres de celui des époux qui est leur auteur un droit égal à celui des enfants communs et de même nature. Ils sont sans droit sur les propres du conjoint. Il en résulte que pour distribuer leurs propres, les époux doivent, non seulement faire des attributions de quotités différentes, les enfants unilatéraux ne recevant que la moitié de ce que reçoivent les communs, mais respecter l'origine des biens en nature. En l'absence en effet de leur disposition, aucune indivision n'existerait à leurs décès qu'entre les enfants communs et ceux du mari seuls sur les propres du mari, et entre les enfants communs et ceux de la femme seuls sur les propres de celle-ci. Il est impossible, sous prétexte de distribuer anticipativement deux successions, de créer une confusion artificielle entre deux masses de biens sur lesquelles deux groupes d'héritiers ont chacun des droits distincts et exclusifs, pour faire passer à sa faveur en présence des enfants d'un époux ses propres aux enfants du conjoint. Ce n'est donc qu'entre les enfants communs que l'abstraction de provenance paternelle ou maternelle est licite dans la répartition. D'où cette conséquence que l'acte ne peut pas être conjonctif s'il n'existe du mariage actuel qu'un enfant unique, puisque tout ce qu'il reçoit en nature d'un de ses parents correspond nécessairement aux droits qu'il possède dans sa succession. Son lot est obligatoirement divisible en fait et en droit.

182. — Le cas est bien moins aisé à trancher pour la répartition anticipée de la communauté actuelle. Si la femme accepte la communauté, ces biens sont appelés à être indivis entre tous les enfants. Si elle la répudie, ils sont appelés à n'être indivis qu'entre les enfants communs et les enfants du mari, à l'exclusion des enfants de la femme. Le parti pris par



leur mère confirme ou supprime donc le droit de ces derniers dans son existence. Il modifie en outre l'étendue du droit qu'ont toujours les enfants du mari aux effets communs : la renonciation de la femme rendant le mari seul propriétaire de l'actif de communauté, ses enfants personnels et les enfants communs y ont tous droit concurremment et le partage par égales portions. En cas d'acceptation, au contraire, les enfants du mari n'ont vocation en concours avec les enfants communs qu'à la moitié dévolue à leur auteur. Tout est donc subordonné à l'option de la femme. Il y a lieu d'envisager séparément le cas où, lorsque le partage d'ascendant conjonctif intervient, on est fixé sur cette option, et celui où on ne l'est pas, afin d'étudier utilement la validité de l'opération.

## SECTION I

### *Nullité du partage d'ascendant conjonctif effectué avant l'option de la femme*

183. — D'après Baudry-Lacantinerie, notre opération est, en ce cas, nulle aux termes de l'article 1453 du Code civil, comme « préjugéant l'acceptation de la femme commune », ou sa renonciation, selon que la valeur respectivement mise dans les lots correspond aux droits héréditaires des différents donataires tels qu'ils résulteraient de l'acceptation ou de la renonciation, et selon qu'elle comprend ou non les descendants unilatéraux de la femme, dont le droit n'est jusqu'à présent qu'éventuel (1).

184. — C'est raisonner un peu rapidement. Rien ne s'oppose à ce que les époux prévoient dans une seconde et subsidiaire distribution éventuelle les modifications d'attributions imposées par le parti de la femme et sa répercussion sur l'existence ou la quotité des droits des divers donataires. L'acte ne préjuge plus alors ni l'acceptation, ni la renonciation puisqu'il les envisage toutes les deux. D'autre part, licence existe d'exprimer à l'acte si son lotissement est conforme à tel ou tel parti de l'ascendante, qu'il est subordonné à la condition

(1) *Traité théorique et pratique de Droit civil*, 3<sup>e</sup> édit., Paris, 1905, t. II, n° 3598.

résolutoire de l'adoption du parti contraire. C'est même en sous-entendant cette condition qu'il convient d'analyser l'opération. Celle-ci ne préjuge pas l'acceptation ou la renonciation, mais ne produit effet que si l'option se fait dans tel ou tel sens. Si cette option, qui reste entièrement libre, est inverse de celle qu'on prévoit par la distribution, la condition résolutoire jouant, le partage d'ascendant conjonctif est caduc. L'article 1453 est hors de cause, car il ne défend qu'une chose : l'engagement actuel par l'épouse d'exercer plus tard sa faculté d'option dans un sens indiqué dès à présent, ce qui la met dans l'alternative de respecter son acte en n'ayant plus la liberté de son choix, ou de le violer en prenant librement un parti contraire. La compréhension des descendants unilatéraux de la femme au partage anticipé de la communauté, ou l'attribution aux diverses catégories d'enfants de quotités conformes à l'acceptation ultérieure de la femme, ne lient pas plus celle-ci que sa participation au partage d'ascendant conjonctif ordinaire. La disposition est simplement faite sous une condition résolutoire tacite qui résulte des attributions ; elle devient caduque ou reste pleinement efficace selon l'événement ou la défaillance de cette condition (1).

185. — Telle est l'analyse qui semble la plus juridique. Mais l'adopter, c'est éviter la nullité de l'article 1453 pour encourir celle de l'article 944.

En effet, l'événement ou la défaillance de la condition résolutoire consiste dans le choix par la femme d'une option contraire à celle que suppose le lotissement. Ce parti de la femme est lui-même conditionné en fait par un ensemble de circonstances indépendantes d'elle : état des biens communs, balance des forces actives et passives de la communauté lors de sa dissolution. Il ne peut néanmoins s'analyser autrement qu'en une manifestation libre et unilatérale de volonté par la femme, qui déclare, sans avoir besoin du consentement de personne, qu'elle répudie la masse commune ou l'accepte. Peu importe à cet égard que l'option émane d'elle ou de ses héritiers. Il en résulte sans aucun doute que lorsque ce parti,

(1) Demolombe, t. XXIII, n° 85. Genty, pp. 163 et 164.

libre par essence, en vertu de l'article 1453 du Code civil, est considéré par les parties comme l'événement futur et incertain duquel dépend la résolution d'un acte juridique, il constitue nécessairement une condition potestative. Or, l'article 944 du Code civil prononce expressément la nullité radicale de toute libéralité faite sous une condition potestative de la part du donateur.

186. — La conservation par la femme de sa faculté d'option n'entraîne pas la nullité du partage d'ascendant conjonctif ordinaire effectué entre des enfants qui sont tous nés du mariage actuel, parce que l'exercice de cette option dans l'un ou l'autre sens est sans influence sur l'efficacité de la libéralité et n'en conditionne ni l'existence, ni la portée, le mari étant réputé seul donateur quand la femme renonce (n° 20). Au contraire, la présence parmi les donataires d'un seul qui ne soit pas né du même mariage ou assimilé par l'adoption ou la légitimation à ceux qui sont nés du même mariage subordonne les droits héréditaires de tous au parti de la femme relativement à la communauté. Pour les enfants utérins, c'est l'existence même de leurs droits qui est détruite par la renonciation de leur mère. Pour les enfants consanguins c'en est l'étendue qui est diminuée, puisqu'ils partagent par moitié avec les enfants communs seuls dans le cas de répudiation, et avec tous dans le cas d'acceptation, ce qui ne leur laisse plus que le quart de la communauté. La perte par un donataire de son droit de succession présomptif sur la masse de biens l'empêche de conserver le lot qui lui est attribué pour l'en remplir à titre de partage anticipé. Il en est d'autant plus ainsi qu'une compensation automatique entre les parts des enfants de diverses catégories résulte de leur concours : de plein droit quand l'un voit diminuer ses droits, c'est au profit d'un autre dont la part augmente et qui peut en exiger le complément.

Il dépend donc de la seule volonté de la femme donatrice de supprimer la libéralité faite par elle à certains des enfants ou d'en diminuer la quotité. L'un et l'autre sont interdits par l'article 944 : il est aussi contraire à la règle : « Donner et retenir ne vaut » pour un donateur de conserver le pouvoir de réduire l'étendue de sa libéralité que celui de la supprimer intégralement. Et comme cette possibilité lui appartient

d'ordre public en vertu de l'article 1453, son acte est soumis à une condition potestative de sa part, même si le parti qu'elle prend à la dissolution de la communauté est celui qu'on avait envisagé lors de la confection de l'acte pour déterminer les attributions.

Les ascendants n'échappent même pas à la nullité en effectuant les lots en prévision de la renonciation, c'est-à-dire conformes aux droits résultant de ce parti pour les diverses catégories de descendants. La femme conserve toujours, de par la loi, le pouvoir en acceptant d'augmenter les droits de ses descendants personnels et de réduire la libéralité de son mari, en vertu de cet automatisme qu'on vient de remarquer, ce qui n'est pas davantage permis par l'article 944 du Code civil.

De toute manière, on se trouve devant un dilemme : *si la femme ne conserve pas le droit contraire à la règle « Donner et retenir ne vaut », c'est qu'elle perd sa faculté d'option ; le partage anticipé est nul, soit en vertu de l'article 944, soit en vertu de l'article 1453.*

187. — Un seul cas échappe à la nullité : *celui où il n'existe que des enfants unilatéraux d'un seul époux, sans enfants communs ni enfants du conjoint.* Quand le droit des enfants de la femme disparaît par la renonciation de leur mère, ou que celui des enfants du mari est diminué de moitié par l'acceptation, le conjoint sans descendants de l'auteur des donataires est censé leur transmettre seul à titre de libéralité entre étrangers ce à quoi ils n'ont plus droit sur la communauté, sauf bien entendu l'action en réduction des ascendants réservataires de ce conjoint s'il y a lieu. Cependant, adressé à des enfants unilatéraux, l'acte est nécessairement autre chose qu'un partage d'ascendant conjonctif pur.

188. — Il convient de conseiller vivement aux époux qui se trouvent dans cette dernière situation de mettre à profit un moyen que la loi leur accorde de réaliser en toute validité et par un véritable partage d'ascendant conjonctif la répartition des biens de leur communauté actuelle au profit des enfants de l'un d'eux : l'adoption (1). L'époux adopte les

(1) Si par ailleurs se trouvent réunies toutes les conditions qu'elle exige relativement à l'âge de l'adoptant, à sa différence d'âge avec les adoptés, etc.



descendants unilatéraux de son conjoint, quelle que soit leur qualité d'enfants légitimes ou légitimés d'un premier mariage, d'enfants adoptifs ou d'enfants naturels reconnus. Peu importe, s'il s'agit d'enfants naturels, que leur reconnaissance ait été faite au cours du mariage actuel ; rien ne s'oppose à ce que le conjoint renonce à la protection de l'article 337 du Code civil en ce qui le concerne. Par hypothèse, l'adoption est toujours possible, puisque le conjoint adoptant est sans postérité légitime vivante, sans quoi il aurait des héritiers présomptifs en ligne directe descendante. Par l'adoption du conjoint de leur auteur, les descendants unilatéraux deviennent des enfants communs ; les enfants adoptifs ont les mêmes droits de succession que les enfants du sang ; ils ont droit à toute la communauté indépendamment de l'option de la femme. Le partage d'ascendant conjonctif devient pleinement valable et son caractère est pur ; il peut même comprendre les propres des deux époux confondus sans distinction d'origine.

En plus des divers avantages qu'il y a pour les ascendants à effectuer une répartition régulière de leurs biens en faisant, comme c'est leur intention, abstraction de leur dualité d'origine, ils ont un bénéfice fiscal à procéder de cette manière. Si l'actif à partager est d'une certaine importance, les frais de la procédure d'adoption sont vite regagnés, puisque le droit de donation en ligne directe descendante n'est que de 2,50, 4,50 ou 6,50 %, alors que le droit de donation entre étrangers, qui est certainement applicable à tout ce qui provient du conjoint sans enfants dans le cas où il n'y a pas d'adoption, est du taux énorme de 40 %. A supposer que le conjoint sans enfants n'adopte que des petits-enfants nés d'un fils unique de l'autre époux, cas où le droit de partage d'ascendant entre vifs est le plus élevé, et que la contribution personnelle de cet adoptant à la donation ne soit que de 5.000 francs, on réalise une économie de 2.010 francs, étant donnés les doubles décimes actuellement en vigueur. Une procédure d'adoption ne les coûtera certainement pas. Que dire alors si l'actif du conjoint sans enfants est de 100.000 francs, cas où l'économie est de 40.200 francs ? Il n'y a pas d'hésitations à avoir dans ces conditions.

189. — Il a toujours été supposé jusqu'ici à dessein que la

disposition conjonctive dont on étudiait la validité était effectuée entre vifs. Si elle l'est par testaments, il n'est plus question de nullité, pas plus de celle qui découle de la faculté d'option que de celle qui découle du caractère potestatif de la condition. Le testament en effet ne produit répartition des biens de communauté qu'au décès de son auteur, c'est-à-dire à une époque où le droit d'option de la femme est ouvert. Or, il n'est pas douteux qu'il y a ingérence et immixtion de la part d'une femme commune à partager testamentairement les effets de communauté entre ses héritiers présomptifs et ceux de son mari, ce qui entraîne acceptation tacite et irrévocable non pas tant pour elle qui n'en profite plus que pour ses héritiers privés du droit de répudier. Le partage testamentaire requiert un acte indépendant et distinct émanant de l'ascendante et n'envisage nécessairement qu'un seul parti : l'acceptation. La disposition est parfaitement valable. Mais elle n'a le caractère d'un partage d'ascendant conjonctif qu'au regard des enfants communs, ni plus ni moins qu'un partage d'ascendant conjonctif entre vifs.

Si la femme effectue ainsi d'accord avec son mari la répartition des effets de communauté entre tous les enfants, tant communs qu'unilatéraux, et qu'elle survive, elle a la possibilité d'anéantir la combinaison, sans même révoquer son propre testament. Elle n'est pas liée quant à son option par ses dispositions de dernières volontés, même en les laissant subsister après l'ouverture de sa faculté d'option. Nul ne connaît en fait son testament ; mais surtout, en droit, il ne produit effet qu'à sa mort. Elle conserve la faculté de renoncer à la communauté. En ce faisant, elle rend caduque la répartition testamentaire qui devient en contradiction avec les droits nouveaux des diverses catégories d'enfants.

190. — La réunion des propres des époux aux biens de communauté dans leur disposition conjonctive ne change rien à la solution plus haut admise. L'acte est toujours nul, comme soumis à une condition résolutoire potestative de la part de la femme donatrice. Peu importe que par une distribution alternative de ses propres, attribués d'une manière pour le cas de renonciation et d'une autre pour celui d'acceptation, la femme commune remédie à la diminution ou à la

disparition des droits de certains sur la masse commune. La disposition sur les propres est forcément distincte, puisqu'il faut respecter l'origine en nature des biens en présence d'enfants de catégories diverses. Une donation complémentaire est impuissante à corriger la nullité radicale d'une autre dont elle est distincte au fond, encore qu'elle lui soit accolée en la forme.

## SECTION II

### *Validité du partage d'ascendant conjonctif effectué après l'option de la femme*

191. — La situation qui se présente d'abord à l'esprit est la répartition par le seul survivant entre les divers enfants qui ne sont pas tous communs des effets dépendant de la communauté dissoute en droit, quoique non liquidée en fait, ensemble ou non les propres des époux. Elle n'est pas la seule. Il convient de lui assimiler celle où les deux ascendants effectuent la même opération après la dissolution de la communauté qui résulte de la séparation de biens principale ou accessoire ; mais à condition qu'il ne soit pas procédé à la liquidation ni au partage de la communauté dissoute entre les époux eux-mêmes ni entre leurs descendants, sans quoi les effets communs partagés ne se différencient plus des propres.

192. — Dans cette hypothèse, on est fixé sur l'option de la femme au moment du partage d'ascendant conjonctif, et par conséquent sur l'existence et la quotité des droits qu'ont les divers descendants, tant unilatéraux que communs, sur la masse de communauté. De deux choses l'une : ou l'option a été exercée auparavant, soit par la femme elle-même, soit par ses héritiers ; ou rien n'a été fait en ce sens. En participant alors au partage anticipé de la communauté après sa dissolution, l'ascendante s'y ingère et s'y immisce, donc l'accepte tacitement, quand bien même elle ne serait que codonatrice avec son mari, car sa faculté d'option est alors ouverte, tandis qu'elle ne l'était pas pendant la communauté et que son acceptation ne pouvait résulter d'aucun de ses actes. Si elle

est décédée, ceux de ses héritiers qui n'ont pas encore pris parti en son nom sur la communauté font acte d'acceptation tacite irrévocable en acceptant la donation-partage ou les allotissements du partage testamentaire, puisqu'ils reconnaissent leurs lots conformes à leurs droits dont la quotité varie suivant l'acceptation ou la répudiation.

193. — L'opération est toujours possible en fait et valable en droit après que l'option de la femme, en ce qui concerne la communauté est ouverte ; ni l'article 1453, ni l'article 944 ne nuisent à la combinaison. A l'égard des enfants unilatéraux, qu'ils soient en présence de n'importe quels autres ou en présence de personne, l'acte n'est jamais un partage d'ascendant conjonctif pour les raisons déjà indiquées, mais une donation entre étrangers ou une donation de la chose d'autrui intimement unies à un partage anticipé. A l'égard des descendants communs, c'est bien un véritable partage d'ascendant conjonctif, mais à une condition toutefois. Quand la communauté est répudiée par la femme, les biens qui la composent sont assimilés à des propres du mari ; si la conjonctivité existe, elle n'est qu'artificielle et résulte d'une confusion de fait des biens paternels et maternels sans distinction d'origine. Or, la provenance en nature des divers biens doit être respectée pour allotir les enfants unilatéraux, qui ne peuvent recevoir, par exemple, des biens paternels s'ils sont enfants utérins en présence d'enfants du père. Pour qu'il y ait dans ces conditions confusion sans distinction d'origine au regard des enfants communs, il faut qu'ils soient plusieurs. Il n'en est rien si la communauté est acceptée par la femme. Par hypothèse, elle n'est pas liquidée entre les époux ; l'enfant commun, même unique, lorsqu'il reçoit des biens qui en dépendent ne sait pas s'ils lui sont attribués pour le remplir de ses droits héréditaires du chef de son père ou du chef de sa mère. La conjonctivité est naturelle et existe même s'il n'y a qu'un enfant commun.

194. — Résumé. *Le partage anticipé de leurs biens fait par deux époux en un lotissement unique entre des descendants qui ne leur sont pas tous communs n'a jamais le caractère d'un partage d'ascendant conjonctif qu'à l'égard des enfants communs*



*et à condition qu'ils soient plusieurs, à moins que l'acte réalisé après dissolution de la communauté comprenne les biens de celle-ci acceptée par la femme ou ses héritiers. La présence d'enfants unilatéraux rend le partage d'ascendant conjonctif radicalement nul s'il est fait durant la communauté par acte entre vifs sur les biens qui la composent ; il n'est valable qu'effectué par testaments sur les effets communs, ou dans l'une ou l'autre forme sur les propres.*

---

## TITRE II

### CONDITIONS RELATIVES A LA TECHNIQUE DE L'ACTE

---

#### CHAPITRE PREMIER

##### Acceptation alternative au nom des mineurs

---

195. — La conjonctivité du partage anticipé ne requiert aucune condition spéciale de capacité chez les descendants, autre que la capacité générale de recevoir entre vifs et la qualité d'héritier présomptif, indispensable pour être gratifié par la disposition de l'article 1075 du Code civil. Mais pour être utile, l'acceptation de la donation-partage exige des formalités techniques complémentaires en cas d'incapacités. Pour certains incapables, les mineurs, l'article 935 du Code civil permet à un ascendant quelconque, même non tuteur, d'accepter la donation, aux lieu et place du tuteur ordinaire si l'enfant est en tutelle, ou d'un tuteur *ad hoc* nommé à cet effet s'il a encore ses père et mère. Il est unanimement admis par la Jurisprudence que, lorsque les deux époux passent des donations-partages entre leurs enfants communs, l'un a licence d'user de la faculté de l'article 935 en acceptant au nom de ceux des descendants qui sont mineurs la libéralité faite par son conjoint et réciproquement. La solution, naturelle pour le cas de simple pluralité de donateurs, peut paraître douteuse dans le cas de conjonctivité, en raison de l'indivisibilité de la donation unique ; n'y a-t-il pas cumul, au moins apparent, de qualités ? Le même ascendant peut-il jouer tour à tour dans le même acte, juridique et non plus instru-

mentaire, les rôles de donateur et d'acceptant au nom d'un donataire ?

On invoque deux arguments, d'ailleurs connexes, pour soutenir que le procédé d'acceptation mutuelle par les ascendants codonateurs est insuffisant à rendre parfaite la donation-partage en cas de minorité d'un des descendants dès que celle-ci constitue un acte juridique unique, soit qu'elle comprenne des effets de communauté, soit que, ne comprenant que les biens personnels à chacun des époux, elle les répartisse sans distinction d'origine en un partage indivisible. Ils partent tous deux de cette unité de la libéralité. Le premier, visant la conjonctivité naturelle, consiste à dire que la communauté exige pour sa transmission à titre gratuit la réunion des deux époux agissant de concert et comme une seule personne ; que par conséquent l'acceptation émanant d'un des époux ne saurait émaner que d'un donateur et pour la validité de sa libéralité propre ; qu'elle est la manifestation d'une volonté unilatérale, et qu'autant la déclarer inexistante. Le second argument est que la donation est un contrat auquel concourent nécessairement plusieurs personnes agissant en sens différents. Il est inadmissible qu'un même individu joue successivement le rôle de donateur puis celui de donataire acceptant es-qualité sur les mêmes biens. La chose serait concevable s'il y avait deux donations distinctes, sans autres rapports entre elles que d'être contenues dans un même acte instrumentaire ; elle ne l'est pas du moment que la libéralité constitue un seul acte juridique, alors même qu'elle porte sur des effets appartenant à deux personnes différentes ; *à fortiori*, en est-il ainsi s'il s'agit de conjonctivité naturelle, si la communauté indivise est donnée à la fois par les deux époux sur chacune des parcelles de biens qu'elle comporte.

196. — Telle est l'objection. Il est aisé d'y répondre. En acceptant la portion de donation qui émane de son conjoint, l'ascendant n'agit pas dans l'intérêt de sa propre libéralité, mais dans celui de la libéralité de son conjoint (1), alors même qu'en donnant il transmettrait à titre gratuit exactement le même droit que transmet ce dernier ; il n'y a pas là de con-

(1) Paris, 23 juin 1849. D. P., 50, 2, 10. S., 49, 2, 554. Aff. Horiot.

seulement unilatéral, mais bien un consentement mutuel. Mais surtout, il est inexact que les deux époux transmettent tous deux les mêmes droits : la chose serait impossible, même en théorie. Un droit est un lien entre une personne et une chose ; nul n'a le même qu'un autre ; deux individus ne possèdent nécessairement que des droits de même nature, ou, dans le cas d'indivision, des droits concourant sur un même objet, sur chaque parcelle d'une même chose, des droits impossibles à départager en fait, mais qui n'en sont pas moins distincts dans leur existence. Chaque époux en concourant à la libéralité des biens de communauté se dépouille valablement et complètement de tous ses droits dans lesdits effets ; mais il ne saurait se dépouiller de droits qui ne lui appartiennent pas, donc des droits de son conjoint qui sont bien distincts des siens, puisque plus tard la liquidation et le partage de la communauté les auraient séparés. Chaque époux accepte donc valablement sans cumul de qualités l'abandon de ses droits consenti par son conjoint, car il n'y prend aucune part personnelle. Nier la validité du procédé examiné, c'est confondre deux choses essentiellement différentes : l'objet matériel et le droit sur cet objet. C'est croire que les copropriétaires d'un objet indivis ont ensemble un droit unique sur lui et que c'est sur ce droit même que portera le partage, alors qu'au contraire, il portera sur l'objet pour faire correspondre chacune de ses moitiés à l'un des deux droits distincts.

197. — Le procédé envisagé est donc pleinement valable. Ainsi en ont décidé, sans compter les avis d'auteurs, quatre arrêts au moins (1), le dernier rédigé d'une manière particulièrement claire et formelle. Les tribunaux ne semblent plus avoir été saisis de la question, mais on peut tenir pour certain que s'ils l'étaient de nouveau, ils la trancheraient par l'affirmative conformément à cette jurisprudence fixée depuis soixante ans et plus.

*Le procédé de l'article 935 du Code civil ne s'applique qu'en faveur du mineur.* Le bon sens pousserait à une extensive

(1) Besançon, 16 janvier 1846, D. P., 47, 2, 127, S., 47, 2, 267, Aff. Bidot. Paris, aff. Horiot précitée. Bourges, 14 août 1855. S., 56, 2, 413, Aff. Demay. Poitiers, 20 février 1861, D. P., 61, 2, 93, S., 61, 2, 465, Aff. Cosset.



interprétation : pourquoi faire une différence entre les divers incapables ? Mais la règle de l'article 935-3° est une dérogation au droit commun ; comme toute dérogation, elle doit être appliquée restrictivement, en se conformant aux termes exprès du texte. Or, l'alinéa trois de l'article 935 ne parle que du mineur, avec opposition manifeste entre lui et l'alinéa premier qui parle au contraire à la fois de l'interdit et du mineur. En outre, l'article 7 de l'ordonnance de 1731 visait le « donataire mineur de vingt-cinq ans ou interdit par autorité de justice » ; c'est à ce texte que l'article 935 est emprunté ; si l'interdit n'y est pas reproduit, ce ne peut être qu'à dessein et par une volonté formelle du législateur de rompre avec les antécédents historiques.

198. — Trois avantages au moins recommandent aux parties l'emploi du procédé d'acceptation alternative. Une économie de frais en évitant la réunion du conseil de famille dont la délibération serait nécessaire pour nommer un tuteur *ad hoc*. Une sérieuse économie de temps, puisqu'il n'y a que la donation à passer, sans attendre l'accomplissement d'aucune formalité. Or, quelquefois les partages anticipés sont urgents parce que consentis par des parents dont l'un au moins sent sa fin très prochaine. Enfin, on évite l'ingérence en la personne d'un tuteur *ad hoc* d'un étranger souvent dans des affaires de famille, dont nul n'aime à mettre les tiers au courant, surtout à la campagne. C'est bien assez déjà d'initier les témoins instrumentaires.

---

## CHAPITRE II

### Conditions requises par l'incapacité des descendants pour la donation-partage du survivant

---

199. — Si le survivant des époux effectue le partage d'ascendant conjonctif entre vifs et que parmi les descendants communs se trouve un incapable, mineur, interdit judiciaire

ou légal, ou tout autre individu n'ayant pas le pouvoir légal de participer seul à un partage amiable, du moment que par hypothèse un des époux dont les biens sont répartis est mort et que l'autre est le donateur lui-même, ni l'un ni l'autre ne peut accepter la donation au nom de l'incapable ; l'acceptation ne peut émaner que d'un troisième ascendant si l'incapable en a un : son père ou sa mère, par exemple, s'il est le petit-fils des donateurs, ou son grand-père ou sa grand'mère, si le survivant est un de ses auteurs ou un ascendant d'une autre ligne. Si l'incapable n'a pas d'autre ascendant que le donateur survivant, l'acceptation doit être faite par un tuteur *ad hoc* conformément à l'article 935 du Code civil.

Si la donation-partage est faite dans ces conditions, elle est pleinement valable en tant qu'elle comporte libéralité par l'ascendant survivant de ses biens personnels, mais, en tant qu'elle porte sur les biens du prémourant, elle ne vaut que comme partage provisionnel vis-à-vis de l'incapable (art. 466 et 840 du Code civil) auquel ces biens appartiennent par indivis. L'incapable conserve le droit de demander à tout moment un partage définitif, qui se fera, dans les formes judiciaires s'il le demande pendant la durée de son incapacité, ou à l'amiable s'il le demande après la cessation de celle-ci et que tous les intéressés y consentent.

L'article 466 ne répute provisionnel l'acte du survivant qu'en tant qu'il partage les biens du prémourant et non en tant qu'il répartit ceux du survivant donateur. Il est unanimement admis que les formes de cet article ne sont pas exigées pour le partage anticipé fait au profit de mineurs (1). Mais après le succès de l'action en partage définitif, la donation-partage tombe pour le tout à l'égard de toutes parties, puisqu'il s'agit de recommencer entièrement une répartition qui est indivisible.

200. — Pour savoir si les majeurs ont le droit comme l'incapable d'invoquer le caractère provisionnel de la donation-partage en tant qu'elle réalise le partage des biens de l'époux prédécédé, la Cour de cassation se base sur l'intention des parties ; si celle-ci était de ne faire qu'un partage provision-

(1) Dalloz Nouv. C. C. annoté, article 1076, nos 97 à 101.

nel, l'action en partage définitif appartient à tous, qu'ils soient capables ou incapables. Si au contraire les parties ont entendu faire un partage définitif, l'incapable seul peut se prévaloir du caractère provisionnel. Cette solution oblige à rechercher l'intention commune des parties. C'est là un point d'espèce que le juge du fait apprécie souverainement. Mais il semble qu'en général l'ascendant et les descendants voulaient faire un partage définitif et n'auraient pas effectué sciemment un acte qui ne réglât pas d'une manière définitive la répartition des successions. Le but d'une donation-partage n'est pas de fournir une simple distribution de jouissance temporaire, mais bien une répartition définitive de propriété. Le système de la Cour de cassation aboutit à ce résultat que, sauf clause contraire expresse déclarant que l'acte n'a qu'un effet provisionnel, l'incapable peut seul demander un nouveau partage. Du reste, il est seul à être protégé par la garantie du partage judiciaire et il serait étrange que les majeurs gagnent à sa présence un moyen de faire réviser un acte que chacun d'eux passait valablement en ce qui le concernait.

201. — Si c'est pendant sa vie qu'est intentée l'action en nouveau partage, l'ascendant survivant peut certainement révoquer l'acte en tant qu'il contenait donation de ses biens personnels et exiger que le nouveau partage ne porte que sur les effets de la succession de son conjoint défunt. Dans un partage anticipé, le respect du lotissement est la condition tacite de la libéralité ; il n'en est pas différemment si le lotissement porte sur une masse plus étendue que la libéralité, ce qui est le cas. Il y a condition implicite dans l'acte du survivant que les descendants respecteront la distribution ; il n'est pas besoin de le stipuler en termes exprès. Le donateur est fondé à poursuivre la révocation pour inexécution des charges de sa libéralité personnelle et bénévole si un donataire critique la répartition, encore que la critique soit fondée en droit, si elle vise des biens autres que ceux qui sont compris dans la libéralité révoquée.

On obtient ainsi une sanction quelque peu analogue à celle qui résulterait de l'insertion d'une clause pénale, mais qui est valable, à la différence de cette dernière, même contre un

incapable. Le motif qui déclenche ces deux sanctions est le même : le fait par l'incapable d'exercer une action d'ordre public qui est une protection à lui donnée par la loi. Mais la peine n'est pas la même ; la clause pénale réduit l'incapable à sa réserve dans la succession du survivant : c'est une véritable peine infligée à son incapacité qui tend à le paralyser dans l'exercice d'une garantie judiciaire en la menaçant par avance. La révocation ne le prive de rien autre que du bénéfice d'une libéralité dont il n'est pas satisfait, en laissant intacts ses droits sur les effets qui y sont compris quand ils lui reviendront à titre successif. Il a reçu un lot bien supérieur à celui qu'il pouvait réclamer puisque la masse de partage est augmentée par la libéralité du survivant. Il reste entièrement libre d'exiger pour les biens à lui dévolus un partage judiciaire, mais il ne peut arguer de son incapacité pour retenir en outre des biens qui lui ont été donnés sous la condition qu'il respecterait la distribution du survivant. S'il n'est pas satisfait de la combinaison et veut invoquer la loi, le survivant a le droit, contre lui comme contre un majeur, de reprendre ce qui dans le lot était affranchi de l'obligation du partage en justice, donc du grief invoqué, qu'il a donné sous telle condition qu'il lui plaisait et qu'il pouvait ne pas donner. La révocation de sa donation personnelle porte au gré de l'ascendant contre le seul incapable demandeur en nouveau partage ou contre tous les descendants.

202. — Ce qui fait que la donation-partage conjonctive du survivant risque d'être inefficace en cas d'incapacité d'un descendant, c'est le caractère d'ordre public de la garantie du partage judiciaire qui empêche d'y renoncer. Le moyen d'éviter cette fragilité est d'éluder la nécessité du partage judiciaire pour l'incapable.

En théorie, un partage est la transformation par des coindivisaires des droits indivis que chacun d'eux possède sur une masse de biens en un droit de propriété divis et exclusif sur une fraction seulement de cette masse. Si l'un des coindivisaires abandonne ses droits indivis à ses cohéritiers pour recevoir d'un tiers d'autres biens, il n'y a plus de partage à son égard ; s'il est incapable, l'opération qu'il réalise n'a pas besoin de l'être en justice : elle s'analyse en un abandon des



droits qu'il peut prétendre sur la masse de partage conditionné par le bénéfice d'une libéralité dont l'émolument est plus important que ces droits. L'incapable n'ayant plus aucun droit sur les biens du prédécédé, les parties capables s'en remettent valablement à l'ascendant survivant du soin de partager.

L'incapable a deux moyens en pratique à sa disposition pour sortir sans partage d'une succession où il a des droits indivis.

203. — Il a d'abord la ressource d'une renonciation pure et simple à la succession du prémourant. Il n'a besoin pour cela que de l'autorisation du conseil de famille. Puis le survivant lui attribue dans sa donation-partage une part correspondant néanmoins à ses droits dans les deux successions. Puisqu'il a renoncé à l'une d'elles, son lot devrait être inférieur à celui de ses cohéritiers qui sont allotis dans les deux successions : si on suppose celles-ci équivalentes, il devrait l'être de moitié. Du moment que sa part est cependant égale à celle des autres, la différence, c'est-à-dire la quotité équivalente à ses droits dans la succession du prémourant, est imputable sur la quotité disponible du survivant à titre de préciput ; sinon il y aurait inégalité du partage. L'incapable est donc censé recevoir du seul survivant l'intégralité de son lot ; à lui ne s'applique pas la fiction conjonctive. Pour que sa renonciation ne l'empêche pas d'obtenir un lot égal à celui de ses cohéritiers, il faut donc que la quotité disponible du survivant qu'il est interdit d'excéder soit au moins égale aux droits de l'incapable dans la succession du prémourant. Il faut, en supposant égales leurs successions pour plus de facilité des calculs, que les époux aient au moins cinq enfants.

Exemple : chaque succession étant composée de 20.000, l'incapable reçoit du survivant toute la quotité disponible, qui est du quart pour cinq enfants, soit 5.000, et partage la réserve avec ses cohéritiers, soit  $15.000 : 5 = 3.000$  ; son lot est en tout de 8.000 égal à ceux des quatre autres enfants qui se partagent la succession du prémourant, soit  $20.000 : 4 = 5.000$  et concourent avec le renonçant sur la réserve dans la succession du survivant, soit 3.000 pour chacun. Si c'est au second degré qu'est héritier l'incapable dans une souche qui comprend plusieurs petits-enfants, il suffit en reprenant les mêmes

chiffres et en supposant trois représentants de l'enfant défunt, que les époux aient deux enfants : le défunt représenté en partie par l'incapable, et un autre. L'incapable sur la quotité disponible de son grand-père survivant, qui est de  $20.000 : 3$  pour deux enfants, soit 6.666, 66, reçoit 5.000 et partage avec les deux autres petits-enfants la moitié dévolue à sa souche tant de la réserve que du solde de la portion disponible, soit  $7.500 : 3 = 2.500$  ; au total son lot est de 7.500 égal à celui de ses cohéritiers de la même souche qui se partagent en deux la moitié dévolue à leur souche de la succession du prémourant répudiée par l'incapable, soit  $10.000 : 2 = 5.000$  et en trois avec l'incapable la moitié du solde de la succession du survivant, soit 2.500.

S'il y avait plusieurs incapables, les calculs ci-dessus montrent que la combinaison deviendrait impossible, à moins que le très grand nombre de cohéritiers ne réduise la part de chacun alors qu'il ne modifie plus la portion disponible qui reste du quart. Pour que la combinaison reste possible avec deux renonçants, il faudrait qu'ils soient en concours avec huit autres cohéritiers, autrement dit qu'il y ait dix enfants au premier degré.

204. — Cette combinaison n'est donc pas toujours utilisable. En voici une autre qui s'applique à tous les cas. L'incapable, après avoir accepté la succession du prémourant sous bénéfice d'inventaire conformément au droit commun, cède à ses cohéritiers majeurs et maîtres de leurs droits tous les droits qu'il possède par indivis sur les biens mis en masse. La cession de droits successifs n'emporte pas perte du bénéfice d'inventaire pour un majeur (1) ; à plus forte raison pour un incapable pour qui ce bénéfice est obligatoire. C'est là une aliénation de droit actuel qui se fait après autorisation du conseil de famille, homologuée par le tribunal si elle a le caractère d'une aliénation immobilière ou si elle porte sur des valeurs incorporelles supérieures à quinze cents francs, autrement dit, si la succession du prédécédé comprend des immeubles ou des valeurs incorporelles, telles que fonds de commerce, supérieures à quinze cents francs. Ni le conseil de

(1) Dalloz Nouv. C. C. annoté, article 800, nos 43 et su iv.

famille, ni le tribunal ne feront d'objection à cette aliénation puisqu'elle est la source d'un bénéfice plus important. Il est prudent de mentionner expressément dans le contrat de cession de droits successifs qu'elle ne porte que sur les droits actuels de l'incapable, afin qu'un cessionnaire ne prétende pas plus tard que la fraction de biens mise au lot de l'incapable du chef du prémourant doit en vertu de la cession revenir aux cessionnaires. Après délibération du conseil de famille, homologation par jugement, et acte de cession de droits successifs, intervient la donation-partage par laquelle le survivant donne à l'incapable un lot équivalent en valeur à ses droits dans les deux hoiries, mais composé seulement, pour éviter toute confusion possible sur la nature de l'acte, de biens venant de lui, et pour plus de sûreté encore de ses seuls propres. La quotité disponible n'est pas dépassée par le survivant qui procède ainsi, puisque ce n'est pas de son seul chef qu'il allote l'incapable, à la différence du cas de renonciation, mais du chef des deux époux. Et l'incapable ne reçoit pas un avantage plus grand que la loi ne permet puisque la cession de droits successifs qu'il a faite est le contraire même d'une renonciation (art. 780 du Code civil). Il n'a fait qu'éviter la nécessité du partage en abandonnant ses droits de propriété indivise sur l'actif de la succession.

Cette opération est plus économique que le partage en justice avec licitation obligée aux enchères publiques des immeubles : la délibération du conseil de famille étant nécessaire de toute façon pour prendre parti quant à la succession du prémourant. les seuls frais supplémentaires sont ceux de l'acte de cession par l'incapable à ses cohéritiers majeurs, mais qu'il est régulier de faire par le même acte instrumentaire que la donation-partage, et ceux du jugement d'homologation rendu sur requête, mais dont le coût n'est pas supérieur à celui d'un jugement ordonnant liquidation-partage. On y gagne donc les frais de toute la procédure ultérieure de l'instance évitée. La combinaison est aussi plus rapide : la vente judiciaire seule ne pouvant être régularisée en moins de deux mois en pratique. Enfin, les lots sont formés et attribués intelligemment au lieu de l'être par le sort et le risque de voir passer les immeubles à des étrangers est radicalement supprimé.

205. — Du cas d'incapacité d'un descendant, il y a lieu de rapprocher celui où les biens dévolus par le décès du prémourant sont frappés d'inaliénabilité entre les mains d'un héritier. C'est l'hypothèse de la femme dotale qui s'est constituée en dot ses biens à venir. En vertu de la constitution en dot des biens à venir, nécessaire pour que la question se pose sans quoi les effets acquis au cours du mariage ne peuvent devenir dotaux en raison de la règle que la dot ne peut être augmentée pendant le mariage, les droits de la femme dans la succession de son auteur défunt, devenus dotaux, ne peuvent plus être aliénés sans autorisation de justice. Son acceptation du partage de toute la masse indivise tel qu'il est fait par le survivant ne saurait la priver du droit de poursuivre la nullité de l'opération. Pour que le partage d'ascendant conjonctif soit régulièrement fait, il faut que la femme obtienne d'abord l'autorisation de justice de liciter ses parts indivises d'immeubles. L'article 1558-6° du Code civil ne permet cette autorisation que dans le cas où l'immeuble indivis avec des tiers est reconnu impartageable, et la vente doit se faire aux enchères. Il semble donc douteux que le partage d'ascendant conjonctif puisse avoir lieu.

L'obstacle à éviter n'est pas le même que pour l'incapable : pour la femme dotale, c'est l'aliénation de son émolument dans une succession à elle dévolue, aliénation qui doit être judiciaire. Pour l'incapable, c'est le partage, et pour ce faire il a le choix ou de répudier la succession ou d'en céder le bénéfice en l'acceptant, car s'il ne peut partager il peut aliéner. On voit dès lors que le seul procédé utilisable par la femme dotale est le premier : la renonciation pure et simple à la succession qui lui est dévolue et dont l'émolument lui serait dotal, ce qu'incontestablement elle a le droit de faire : la constitution en dot des biens à venir ne modifiant en rien le régime des renonciations à succession. Puis l'attribution par le survivant d'un lot égal en valeur aux lots des autres. Pour cela, il faut que la part à laquelle la femme a droit dans la succession du prémourant ne soit pas supérieure à la quotité disponible dans la succession du survivant.

---



### CHAPITRE III

#### **Conditions d'efficacité du testament-partage global du survivant requises par l'incapacité des descendants**

---

206. — Lorsque le survivant a distribué l'ensemble de la fortune familiale entre les descendants communs par son testament, en privant d'avance de la quotité disponible qui conque l'attaquera, l'incapable encourt cette peine, comme son cohéritier majeur et maître de ses droits, s'il exerce contre l'acte du survivant une critique fondée sur ce qu'il répartit entre eux la propre chose des héritiers. Mais il ne saurait être réduit à sa réserve s'il intente une action en nouveau partage de la succession du prédécédé des époux, encore que cette action aboutisse aussi bien à faire tomber l'acte indivisible du survivant, parce que les articles 466 et 840 du Code civil sont d'ordre public (1) ainsi que toutes les règles de protection des incapables. La clause pénale est donc inopérante pour assurer au testament-partage un effet autre que provisionnel en tant qu'il répartit des biens appartenant déjà par indivis à l'incapable. Au contraire est pleinement valable et efficace la stipulation qui oblige l'incapable, à peine d'être réduit à sa réserve, à ratifier définitivement le partage dans un certain délai à compter de la cessation de son incapacité, mais elle ne présente d'intérêt que pour l'incapacité temporaire et régulière qu'est la minorité, et non pour les autres telles que l'interdiction.

207. — On peut songer à un premier moyen d'obtenir de l'incapable l'engagement actuel de ne pas se prévaloir du caractère simplement provisionnel du testament-partage. Les parties capables transigent avec son tuteur, dûment autorisé par le conseil de famille, après acceptation bénéficiaire des deux

(1) D'après la majorité des auteurs, notamment Baudry-Lacantinerie, Colin et Capitant.

successions, avis favorable de trois jurisconsultes et homologation du tribunal. Un arrêt (1) a admis cette manière de procéder, mais en se basant sur l'état de la Jurisprudence à l'époque, qui rendait aléatoire un procès sur la validité du testament-partage global du survivant. Aujourd'hui que la question est nettement tranchée, la validité d'une transaction est douteuse : aux termes de l'article 2044 du Code civil il faut pour transiger une contestation née ou à naître, c'est-à-dire une contestation qui soit sérieusement à redouter. D'autre part, il n'est pas permis de transiger sur ce qui touche à l'ordre public, mais seulement sur les intérêts pécuniaires qui en découlent (2). Or la transaction qui nous occupe a pour objet un engagement réciproque des parties de tenir pour définitif un acte qui n'est que provisionnel, d'ordre public ; elle ne porte pas sur des discussions pécuniaires relatives à ce caractère simplement provisionnel. Elle ne saurait avoir plus de valeur que le partage fait par l'ascendant. On peut au plus soutenir qu'elle prive pendant cinq ans l'incapable du droit de demander le partage définitif, comme convention quinquennale d'indivision, ou de répartition de jouissance seulement, aux termes de l'article 815 du Code civil.

208. — L'ascendant n'a qu'une seule ressource pour obtenir rapidement de l'incapable l'engagement de ne pas se prévaloir du caractère simplement provisionnel de son testament-partage. Il stipule dans sa clause pénale que la réduction à la réserve sera encourue par quiconque n'aura pas, par un acte formel et irrévocable, accepté dans un certain délai, trois ou six mois par exemple, le partage global tel qu'il est fait par lui. Le représentant légal de l'incapable n'a qu'à accepter, sous bénéfice d'inventaire seulement comme la loi l'y oblige, la succession du survivant, et, s'il ne l'a déjà fait, celle du prémourant, dans le délai imparti ; cette acceptation a lieu suivant les règles ordinaires en vertu de délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal si la succession du prémourant comprend des immeubles ou des valeurs incorporelles, telles que fonds de commerce, pour une

(1) Douai, 7 décembre 1871. D. P., 73, 2, 242. Aff. Lesaffre.

(2) Rép. Prat. Dalloz, V<sup>o</sup> transaction, n<sup>o</sup> 74.

somme supérieure à quinze cents francs. En effet, c'est l'acceptation dans un certain délai d'un legs avec charge qu'impose le survivant à ses héritiers : le legs du lot qu'il lui attribue pour le remplir de ses droits dans les deux successions, moyennant la charge d'abandonner au profit de ses cohéritiers ses droits indivis dans la succession du prémourant ; l'homologation du tribunal est nécessaire si cette charge équivaut à une aliénation immobilière ou à la cession de valeurs incorporelles supérieures à quinze cents francs. Le tribunal ne refusera certainement pas son homologation puisqu'il faut exécuter cette charge parfaitement licite, quelle que soit l'incapacité de l'héritier, pour éviter la privation de la quotité disponible.

On voit que ce procédé n'est applicable qu'au testament ordinaire du survivant, qui s'analyse en une cession de droits successifs imposée (n° 114 *supra*), et non au testament dont l'auteur ne transmet que ses parts et droits dans le lotissement (n° 115), car dans ce dernier cas la charge acceptée par l'héritier en même temps que la succession est un partage ordinaire que nul ne peut l'obliger à considérer comme définitif à l'encontre d'une règle d'ordre public.

---

## CHAPITRE IV

### **Conditions techniques des testaments distincts et similaires opérant partage conjonctif par les deux époux**

---

209. — La conformité exigée des deux testaments similaires n'est pas une conformité stricte et littérale de leurs termes, mais une identité du sens des dispositions : il suffit que l'un et l'autre mettent dans un lot donné tous les mêmes objets et rien qu'eux. Quant aux manières de l'exprimer, quant à la désignation des divers objets, notamment des immeubles, il suffit que les différences qui séparent les testateurs n'engendrent aucun doute possible. Il n'y a pas d'inconvénients en

outre à ce qu'un des testaments attribue à l'un des enfants des objets dont ne parle pas l'autre, mêmes propres au conjoint dont le testament est muet sur ce point, si par ailleurs leur valeur n'entraîne pas un avantage plus grand que la loi ne permet ; il n'y a pas là de contradiction.

Si l'un des époux a déjà fait son testament quand il convient avec son conjoint d'effectuer le partage d'ascendant conjonctif, rien ne s'oppose à ce que, au lieu de le refaire en entier, il y apporte simplement au moyen d'un codicille les modifications utiles pour le rendre conforme à l'autre.

Il n'est pas nécessaire que les deux testaments soient en la même forme, l'un peut être authentique et l'autre mystique ou olographe. La manifestation de volonté, quant à la répartition des biens qui seule importe, n'en est pas moins la même.

Il n'est pas non plus nécessaire que tous deux soient faits le même jour, ni tous deux avant le décès d'un des époux : on envisage leur validité séparément ; ce n'est pas elle qui dépend de leur conformité, mais seulement leur possibilité d'exécution. La combinaison est tout aussi efficace quand un des testaments est fait après le décès de l'autre testateur, puisque aussi bien ce second testament n'est pas indispensable et que le prémourant a licence de réaliser seul le partage conjonctif testamentaire (nos 124 à 127). Il en résulte que le survivant, lors de la découverte d'un testament de son conjoint répartissant l'ensemble des biens familiaux, peut, pour consacrer pleinement les dernières volontés du prémourant, copier ce testament en en faisant lui-même un semblable. Pour couper court à toutes difficultés, il lui suffit d'inscrire dans son testament olographe une date quelconque antérieure au décès de son conjoint, en prenant les précautions utiles pour que la fraude ne puisse jamais être découverte, car le testament dont la date est fausse est nul comme celui qui n'est pas daté.

Si tous les descendants communs sont pareillement mécontents de la répartition des biens familiaux, ils peuvent impunément s'entendre pour faire un autre partage ; leur unanimité rend illusoire la sanction prévue. C'est pour cela qu'il est prudent de léguer subsidiairement la quotité disponible à un tiers. Les époux ne sont pas obligés de désigner le même.



210. — Une attentive rédaction de la clause pénale est indispensable pour que les époux n'en dépassent pas la portée permise. Chaque testateur n'a le droit de priver ses héritiers que de la quotité disponible dans sa propre succession. Si par inadvertance, il emploie des termes assez ambigus pour en laisser déduire qu'il prive de la quotité disponible dans les deux successions, la clause pénale est nulle de nullité absolue, comme portant atteinte à la réserve des héritiers qui est d'ordre public. La réserve doit dans un partage d'ascendant conjonctif se calculer en quotité sur l'ensemble des deux successions ; mais cela ne signifie pas que chaque époux a le droit de disposer seul de la quotité disponible entière sur les deux successions. La conjonctivité a ce résultat d'empêcher de se plaindre le descendant qui reçoit toute la valeur de ses réserves paternelle et maternelle, encore qu'il ne les reçoive pas séparément sur chaque succession ; mais elle n'augmente pas les pouvoirs de chaque testateur en l'autorisant à disposer de plus que la quotité disponible de sa propre succession. Il est interdit à l'ascendant de réduire d'aucune manière les héritiers communs à leur part réservataire d'une succession qui n'est pas la sienne propre, même celle du conjoint qui fait les mêmes dispositions que lui. Toute disposition faite par lui en ce sens doit être interprétée comme portant sur sa propre succession ; s'il prive d'autre chose que la quotité disponible dans sa succession personnelle, il franchit les limites de la réserve.

La clause pénale subsiste-t-elle du moins dans les limites permises, ou est-elle nulle pour le tout ? Un arrêt (1) l'a maintenue pour la succession du disposant, et cette solution s'inspire à la fois de bon sens et d'équité.

211. — Quant à la cause de la sanction, chaque époux est libre d'édicter la clause pénale aussi bien pour le cas où un héritier refuserait d'exécuter le testament de son conjoint que pour celui d'inobservation du sien propre ; il n'y a pas là pacte sur succession future de la part du prémourant quoique il conditionne la privation de la quotité disponible par l'irrespect du testament d'un tiers encore vivant, puisqu'il ne sti-

(1) Lyon et Req., 1<sup>er</sup> mars 1830. D. P., 30, 1, 142. Aff. Legnat.

pule pas sur un droit qui doit lui appartenir à titre successif. Mais on parvient au même résultat si chaque testament se contente de sanctionner sa propre inobservation ; le contenu des deux est identique ; la violation de l'un est aussi la violation de l'autre ; elle déclenche ainsi les deux clauses pénales et entraîne la réduction à la réserve dans les deux successions.

---

## CHAPITRE V

### **Conditions auxquelles le partage d'ascendant conjonctif opère établissement des descendants**

---

212. — Il s'agit d'abord de préciser la notion d'établissement en général avant de l'appliquer à notre institution. On chercherait en vain des précisions dans le Code civil. Il se contente d'employer l'expression dans six articles : les articles 204, 851, 1422, 1427, 1555 et 1556. Mais nulle part on ne trouve de définition. Un seul point de repère : de l'article 204, il résulte que le mariage n'est pas le seul établissement que reconnaisse le droit civil pour les enfants.

Devant ce laconisme du Code, les auteurs et la Jurisprudence ont dû rechercher en quoi consistait l'établissement. Ils ont d'abord posé quelques principes généraux d'ordre pratique :

1<sup>o</sup> Que la notion d'établissement est unique, et que l'expression où qu'elle se trouve dans le Code désigne la même chose.

2<sup>o</sup> Que c'est au juge du fait qu'il appartient dans chaque cas de décider suivant les intentions des parties s'il y a ou non établissement des enfants (1).

3<sup>o</sup> Qu'on ne doit pas trop étendre la notion d'établissement, sans quoi toute libéralité serait permise par l'article 1422 au mari seul sur l'actif commun, et à la femme dotale par l'article 1556. La liberté de donner deviendrait la règle dans ces deux cas (2).

(1) Civ., 27 juin 1859. D. P., 59, 1, 298. Aff. Sempé contre Grimard.

(2) Req. 18 avril 1864. D. P., 64, 1, 209. Aff. Bouthenau-Grandpré.

213. — Ceci précisé, des formules ont été esquissées pour l'établissement. D'après la plupart des arrêts, c'est tout ce qui procure à l'enfant une situation ou condition stable, une position sociale indépendante, une existence personnelle, une profession ou un état assurant son existence. Troplong (1) en donne trois définitions : *Tout ce qui procure un état dans le monde, un rang comme chef de ménage* (n° 897). *Tout ce qui assure à l'enfant une existence indépendante où il puisse attendre l'avenir* (n° 3.350). *Tous les moyens de mettre les enfants en mesure de se suffire à eux-mêmes* (n° 897). La Cour de Bordeaux (2) : *Tout ce qui tend à assurer aux enfants une existence civile*. L'avocat général Nicod (3) est encore plus large : *Tout ce qui assure un patrimoine avec lequel l'enfant aura son indépendance de fortune, une existence qui ne se lie plus à celle de ses père et mère*. Enfin, M. Savatier propose la définition suivante (4) : *L'établissement est l'acte par lequel les parents rendent leurs enfants indépendants d'eux en prélevant irrévocablement sur leur fortune de quoi donner à ces enfants des moyens d'existence propres, une situation personnelle*.

214. — L'indépendance pécuniaire de l'enfant est le résultat primordial de l'établissement que les formules ci-dessus mettent le plus nettement en lumière. Et cette indépendance pécuniaire doit non seulement exister après la libéralité, mais avoir été créée par elle au profit d'un enfant qui ne possédait auparavant aucun patrimoine appréciable. Le Code ne vise certainement pas ce qui ne fait qu'augmenter, confirmer ou améliorer les ressources, la fortune ou l'aisance du descendant, ou favoriser le développement d'un établissement antérieur : en d'autres termes, il ne peut y avoir qu'un seul établissement par personne, et l'établissement devient impossible au profit de qui est déjà doté. Toutefois le seul mariage ne constitue pas un établissement s'il n'a aucunement amélioré la situation de fortune de l'enfant, si, par exemple, le jeune ménage continue de vivre en raison de la modicité de

(1) Commentaire du titre V du livre III du Code civil.

(2) 30 avril 1841, aff. Cardonne, J. G., V° contrat de mariage, n° 3591.

(3) Dans ses conclusions, aff. Hanchard, Req. 9 avril 1838. J. G., V° Contrat de mariage, n° 3604.

(4) Note au D. P., 1923, 2, 121, sous Poitiers, 26 avril 1923. Aff. Audebert contre Babin.

ses ressources chez les parents d'un des conjoints et à leurs frais.

Le second caractère essentiel de l'établissement est sa stabilité ; il doit être définitif ou présumé tel, et non simplement provisoire ; des essais, des tâtonnements sont insuffisants (1). Quand on dit que l'établissement procure à l'enfant son indépendance de fortune vis-à-vis de ses parents et lui permet de vivre de ses propres ressources, de voler de ses propres ailes, cela exclut toute idée de précarité ou de durée temporaire. Mais il va de soi que c'est au moment de la libéralité que ce point s'apprécie et non par suite des événements postérieurs qui peuvent ruiner rapidement une situation qui se présentait sous les meilleurs auspices.

Il faut en troisième lieu que la situation de fortune faite à l'enfant soit en rapport avec celle de ses parents, qu'il ne soit pas obligé de se déclasser pour mettre son train de vie en rapport avec ses ressources nouvelles, ou, suivant une expression populaire mais très expressive, de *vivoter* dans des conditions matérielles inférieures à celles auxquelles il a été habitué par la vie de famille. Un tribunal l'a ainsi compris et a posé ce principe d'une manière claire et bien formulée : l'enfant est établi quand il est pourvu d'une constitution *en rapport avec la fortune de ses père et mère*, ce que la cour de Cassation (2) a approuvé (3).

Enfin, l'établissement n'a pas besoin d'être spécial et déterminé ; il suffit qu'il soit indiqué en termes généraux comme cause de la libéralité (4). Ce n'est pas l'achat par l'enfant ou par ses parents pour lui d'un office, d'un fonds de commerce, etc., qui constitue l'établissement, mais l'abandon par les parents de la quantité suffisante de biens pour le réaliser.

Somme toute, l'établissement est une libéralité qui procure d'une manière stable et définitive à un enfant jusqu'alors sans ressources personnelles l'indépendance de fortune vis-à-vis de ses père et mère que sa vie antérieure au sein de la famille lui laissait prévoir.

215. — Peu importe que l'enfant qui possède des moyens

(1) Troplong, *op. et loc. cit.*

(2) Le jugement était en dernier ressort.

(3) Aff. Bouthenau-Grandpré, Req., 18 avril 1864. D. P., 64, 1, 209.

(4) Bordeaux, 30 avril 1841, précité, Aff. Cardonne.



d'existence indépendante avant la libéralité qu'on voudrait considérer comme un établissement les doive à une générosité antérieure de ses parents, à celle d'un tiers ou à son industrie personnelle ; quelle que soit l'origine de ses ressources actuelles, le seul fait de leur existence empêche l'établissement.

D'autre part, certaines clauses ou réserves lorsqu'elles sont contenues dans une libéralité forment obstacle à l'établissement du donataire. C'est ainsi qu'il y a incompatibilité avec l'établissement au sens du Code :

1<sup>o</sup> Si le donateur se réserve l'usufruit des biens donnés en quantité importante.

2<sup>o</sup> S'il prend hypothèque sur les immeubles, par exemple pour la sûreté de la rente viagère stipulée à son profit, quand bien même les donataires le dispensent d'inscrire momentanément cette hypothèque, ce qui est presque de style.

3<sup>o</sup> Si la libéralité impose aux descendants donataires de demeurer dans l'indivision (1) : toutefois il n'en est pas ainsi si, d'après l'intention des parties, la durée de l'indivision prescrite est insignifiante ou soumise à un terme incertain prévu comme très prochain ; l'indivision qu'on impose aux descendants n'empêche pas leur établissement si elle ne doit durer que quelques mois, car qu'est-ce que quelques mois dans la vie d'un homme qui s'établit ? Elle peut encore, suivant la nature de l'établissement, ne pas lui former obstacle : un industriel établit bien ses deux fils en leur transmettant son usine à la condition qu'ils s'associent pour l'exploiter tous deux.

4<sup>o</sup> Enfin, si le donateur interdit d'aliéner de son vivant les effets compris à la donation, même si en fait l'interdiction d'aliéner ne dure qu'un laps de temps minime par suite du décès du donateur peu de temps après sa libéralité ; les événements postérieurs non prévus par les parties sont sans influence sur l'existence ou la non-existence de l'établissement ; on comprend donc qu'il n'y a pas obstacle si les circonstances révèlent chez un ascendant connaissant son état l'intention de n'imposer l'interdiction d'aliéner que jusqu'à sa fin qu'il devine très proche. Dans le cas où c'est à la donation de biens dotaux que l'établissement est nécessaire, il n'y en a pas

(1) Aff. Horiot, Paris, 23 juin 1849. D. P., 50, 2, 10, précitée.

moins obstacle à l'établissement, donc nullité de la disposition, bien que l'interdiction d'aliéner ne frappe que les paraphernaux donnés en même temps que les biens dotaux.

216. — Un partage d'ascendant portant sur l'ensemble des biens familiaux opère donc établissement au sens du Code chaque fois que les conditions suivantes se trouvent réunies :

En la personne des père et mère : leur situation de fortune provient de biens transmissibles et partageables, tels que des immeubles, des valeurs mobilières, etc., par opposition aux ressources purement viagères et personnelles qui ne reposent sur aucun capital, tels que les traitements de fonctionnaires.

En la personne des enfants : aucun n'est doté (quoique marié peut-être), ne possède un patrimoine, ni ne réalise des gains qui lui permettent de subvenir à ses besoins et de vivre suivant son rang social. Il importe peu que tous les enfants ne soient en âge de gérer par eux-mêmes leur lot d'établissement et d'en tirer parti personnellement ; il suffit qu'ils en aient la propriété et que la libre jouissance leur en soit assurée par un administrateur quelconque qui pourra être l'un de leurs parents. Ce n'est pas là un obstacle à l'établissement provenant des modalités de la libéralité, mais une simple incapacité temporaire de l'enfant de bénéficier par lui-même de l'indépendance pécuniaire qui existe à son profit dès actuellement et irrévocablement.

Il faut enfin que tous les descendants sans exception soient établis par le partage anticipé. Si un seul d'entre eux ne l'est pas, le partage d'ascendant est nul non pas seulement à l'égard de l'enfant déjà doté ou sans établissement résultant de lui, mais à l'égard de tous.

En est-il encore ainsi s'il est consenti au profit de descendants qui ne sont pas tous au même degré ? Tous les descendants du deuxième ou du troisième degré représentant un enfant défunt doivent-ils être établis personnellement par l'acte à peine de disparition de l'établissement ? Ne doit-on pas être plus large en ce cas et décider, par exemple, que si un fils marié mais non établi est mort laissant une postérité, il suffit que la famille du défunt soit établie par l'acte, et non chacun des enfants dont elle est composée ? Peu importe que chacun d'eux ne soit pas individuellement établi si la souche

qu'ils forment, qui seule est prise en considération dans tout partage, obtient son indépendance pécuniaire qu'elle ne possédait pas auparavant. On pourrait presque argumenter du mot employé par l'article 1422 : *enfants*, au lieu du terme plus général : *descendants*, et qui prouve que ce que la loi envisage dans son individualité quant à l'établissement, ce n'est pas chaque descendant mais chaque enfant du premier degré seulement, ou, à son défaut, tous ceux qui le représentent pris en groupe. Cette argumentation, peut-être hardie et subtile, ne semble pas forcer le sens de la loi.

217. — Quant à l'importance du lot d'établissement attribué à chaque enfant, il faut et il suffit qu'elle soit en rapport avec ses besoins et avec les ressources de ses parents ; qu'en d'autres termes ce lot lui assure des moyens de vivre qui soient en conformité de ceux que possèdent ses père et mère. Or, le partage d'ascendant conjonctif est la meilleure proportion d'établissement imaginable puisqu'il liquide en faveur des enfants la fortune de leurs parents.

218. — Il résulte de ces explications que le partage d'ascendant conjonctif est licite dans trois hypothèses ou le partage anticipé ordinaire fait par un seul époux ne l'est pas. Si les ascendants sont mariés sous le régime dotal, aux termes de l'article 1555 du Code civil, ils peuvent donner leurs biens dotaux pour l'établissement de leurs enfants communs ; ils ont donc la ressource de les comprendre dans leur partage d'ascendant global. Il n'est cependant pas besoin que ce dernier ait le caractère conjonctif ; il suffit qu'il porte sur l'ensemble des biens familiaux.

En second lieu, aux termes de l'article 511 du Code civil, le partage d'ascendant conjonctif est licitement effectué par le tuteur d'un époux interdit agissant avec le conjoint sain d'esprit, ou même par ce seul conjoint, s'il est lui-même tuteur, agissant tant en cette qualité qu'en son nom personnel pour ses biens propres ; il suffit d'une délibération du conseil de famille de l'interdit homologuée par le tribunal.

Enfin, aux termes de l'article 1422 du Code civil, le mari peut comprendre outre ses propres tous les biens de communauté, même immobiliers, dans le partage d'ascendant qu'il

fait seul, mais non les propres de la femme ni ses biens réservés (n° 92).

Ce dernier cas, et le second si les époux sont mariés sous un régime de communauté, sont spéciaux à la conjonctivité. Il s'agit du régime de communauté, sous lequel la fortune globale des époux est constituée non seulement par leurs biens personnels, mais par la masse indivise entre eux. Pour être universelle, la disposition doit porter sur cette masse commune, autrement dit présenter automatiquement le caractère conjonctif. Tant que dure la communauté, qui dit partage d'ascendant général dit partage d'ascendant conjonctif ; il ne peut pas en être autrement.

Ce n'est pas à dire que la réciproque soit vraie, puisque le partage d'ascendant conjonctif peut n'être que partiel. Celui qui est fait par le mari seul, en particulier, ne répartit régulièrement que ses propres avec les effets communs, à l'exclusion absolue des propres ou des biens réservés de la mère. Il ne saurait donc être universel. Il est vrai que dans beaucoup de ménages, tout au moins pour ceux qui n'ont pas adopté la communauté réduite aux acquêts, la masse importante de la fortune est constituée par les biens de communauté et non par les propres des époux. Il n'en est pas moins qu'une question de fait est à trancher pour chaque cas : celle de savoir si le rapport proportionnel des propres du mari et de l'actif commun réunis d'une part, avec les propres de la mère d'autre part, est suffisamment en faveur de la première masse pour qu'il y ait dans le partage d'ascendant conjonctif fait par le père seul une transmission de la fortune des parents assez générale pour répondre aux exigences de l'établissement, donc pour être licite dans les limites de l'article 1422 du Code civil.

219. — Non seulement les partages d'ascendant opérant établissement des enfants communs effectués en conformité des articles 511 et 1422 du Code civil sont valables, mais le caractère conjonctif s'y rencontre. La conjonctivité artificielle est toujours possible dans le cas d'interdiction d'un conjoint, car c'est au nom de ce dernier que sont donnés ses biens, qu'il s'agisse de ses propres ou de ses droits dans la communauté. Par contre, la conjonctivité naturelle ne peut



exister évidemment que si les ascendants sont mariés sous un régime de communauté. La conjonctivité artificielle n'est pas conciliable avec le partage d'ascendant fait par le mari qui doit laisser en dehors les propres de la mère, à peine de nullité. Quant aux biens de communauté, les donataires les tiennent de leur mère qui n'en est pas donatrice aussi bien que de leur père, seul auteur de l'acte. L'article 1422 du Code civil en accordant au mari le pouvoir exceptionnel, lorsqu'il s'agit de l'établissement des enfants, de disposer entre vifs à titre gratuit de la masse de communauté, ne dit pas qu'en ce faisant le mari ne la transmet que pour son compte personnel. La présomption de l'article 1439 s'applique dès lors à ce cas : si le mari pour doter seul l'enfant commun puise dans la communauté, la dot est à la charge de celle-ci, à moins qu'il n'ait *déclaré expressément* s'en charger pour le tout. En acceptant la communauté plus tard, la femme supporte la moitié de la dot. On ne voit pas quel argument empêche l'assimilation complète du cas de constitution de dot à un seul enfant avec celui d'établissement de tous les enfants par un partage anticipé. L'intention que présume le Code est identique dans les deux hypothèses quoique dans la seconde elle s'adresse à tous les enfants ; c'est toujours comme au nom de la mère, quoique celle-ci ne paraisse pas à l'acte, que le mari agit et c'est parce qu'il est présumé agir au nom des deux époux que la loi lui permet de consentir seul un pareil acte.

220. — Le mari a le droit d'épuiser toute la communauté, par son partage d'ascendant conjonctif impliquant établissement des enfants communs. Il en est ainsi décidé en termes formels par un arrêt de la cour de Cassation (1) qui se base sur les textes rapprochés des articles 1421, 1422 et 1423 et ajoute que « le mari qui dispose entre vifs à titre gratuit de toute la communauté en faveur des enfants communs et pour leur établissement use d'un pouvoir légal ». La Jurisprudence n'est jamais revenue sur cette solution. Si le mari agit de la sorte, la femme ne trouvant qu'un actif commun insignifiant lors de la dissolution renoncera à peu près certainement à une communauté qui ne lui rapporte rien et risque de l'en-

(1) Req., 2 janvier 1844. Aff. Constans-Lamilhade, rapporté et approuvé malgré les critiques de Duranton, par Dalloz, J. G. V<sup>o</sup> contrat de mariage. n<sup>o</sup> 1174.

gager. Le mari sera alors seul réputé constituant des dots des enfants communs (art. 1439) ; son acte se trouvera, si besoin en était, confirmé et pleinement validé, à l'abri de toutes critiques possibles, mais il perdra son caractère conjonctif comme ne portant plus que sur la seule succession du mari.

---

## CHAPITRE VI

### Conditions de régularité nécessitées par l'interdiction d'un époux

---

221. — L'hypothèse qui requiert davantage de formalités est celle où la femme est tutrice de son mari interdit. On suppose que l'ascendante veut distribuer ses propres, en même temps que ceux du mari et l'actif dépendant de la communauté. Elle réunit le conseil de famille de son mari, lui expose la situation en fait et en droit, lui fait part de son intention de donner ses propres aux enfants communs et lui demande l'autorisation d'y joindre tant les biens de communauté que les propres du mari sans distinction. Il est bon que la délibération du conseil de famille ne se contente pas de déclarer superficiellement que la disposition dont elle approuve le projet opère établissement des enfants communs ; il faut encore qu'elle constate qu'aucun des enfants, héritiers présomptifs de l'interdit, n'a jusqu'à présent de patrimoine ni de ressources personnelles, que le partage d'ascendant conjonctif procure à tous les allotis leur indépendance de fortune vis-à-vis de leurs père et mère, indépendance qui peut être prévue comme stable et définitive, et qu'enfin le projet d'acte ne contient aucune clause, réserve ou condition qui empêche cet établissement d'être actuel pour l'un d'eux (cf. nos 214 et 215). De cette manière, la régularité de l'opération, établie et constatée par des arguments de fait, devient incontestable. L'avis favorable du conseil de fa-

mille est ensuite présenté à l'homologation du tribunal qui, par le même jugement, autorise la femme à faire donation-partage de ses propres et à passer, ès qualité de tutrice de son mari, la donation-partage des propres de ce dernier et des effets de la communauté légale ou d'acquêts. Alors est effectué le partage d'ascendant conjonctif par la femme seule en sa double qualité. Il est évident que lorsque l'ascendante a obtenu de justice l'autorisation de principe de donner les biens et de les distribuer, elle est seule juge de la manière de l'accomplir, et qu'à son gré elle réalise une répartition conjonctive ou non. Faire un partage d'ascendant conjonctif ne requiert pas un pouvoir plus grand que faire un partage anticipé ordinaire quand on a celui d'y comprendre les mêmes biens.

222. — Il faut aussitôt attirer l'attention sur deux difficultés pratiques, auxquelles il est facile de remédier.

En premier lieu, les descendants communs sont inaptes à composer le conseil de famille de leur père ; en tant que donataires éventuels, ils ne sauraient prendre part à une délibération qui autorise une libéralité faite en leur faveur. Contrairement aux règles ordinaires, le juge de paix choisira donc les six membres délibérants du conseil de famille parmi les autres parents du mari dans les lignes paternelle et maternelle, bien qu'ils ne soient pas les plus proches ; à défaut de parents en nombre suffisant dans la distance légale, il appellera des amis personnels du mari, et non comme le prescrit le Code pour les mineurs des *amis de la famille* qui le seraient autant de la femme et des enfants que de l'interdit et seraient peut-être à ce titre suspects. En aucun cas, les descendants et même la femme tutrice ne délibéreraient régulièrement puisqu'ils ont des intérêts distincts et opposés de ceux de l'interdit, au moins les premiers.

En outre, il n'est pas rare qu'un des donateurs retire de la donation un avantage personnel en tant qu'elle est faite, c'est le point capital, sur les biens de son conjoint ; par exemple, il est stipulé l'usufruit à son profit de l'intégralité des effets donnés ou une rente viagère fournie, tout au moins en partie, par les biens du conjoint. S'il en est ainsi, la femme de l'interdit a des intérêts distincts et opposés de ceux de son

pupille, puisqu'elle tire un avantage personnel de la libéralité faite sur les biens du mari; elle ne remplit plus régulièrement les fonctions de tutrice, même en vertu de l'autorisation de justice. Il est indispensable que le conseil de famille du mari, ce qui peut se faire par la délibération autorisant le partage d'ascendant conjonctif, nomme un tuteur *ad hoc* choisi en dehors des enfants donataires; et la donation-partage est passée conjointement par ce tuteur *ad hoc* sur les propres du mari et les biens de communauté et par la femme autorisée de justice sur ces derniers biens comme sur les siens personnels. Un projet de loi prévoit qu'en cas d'opposition d'intérêts entre tuteur et pupille, c'est le subrogé-tuteur qui remplit les fonctions de tuteur, conformément à ce qui se passait avant la loi malencontreuse du 20 mars 1917 (1). Quand ce nouveau texte sera voté, il n'y aura plus lieu de nommer un tuteur *ad hoc*, à moins que le subrogé-tuteur ne soit lui-même intéressé à la donation-partage parce qu'il en retire un avantage personnel. Il est vrai qu'en pratique le changement ne sera pas appréciable parce que la plupart du temps le subrogé-tuteur est un des enfants de l'interdit, par conséquent un des donataires éventuels.

223. — Le fait que le tuteur du mari est un tiers ne modifie pas les conditions de régularité. La nomination d'un tuteur *ad hoc* s'impose alors presque toujours, car si le tuteur de l'interdit n'est pas son épouse, il est généralement un de ses fils majeur auquel il est défendu d'intervenir à la fois comme donateur *ès* qualité et comme donataire. Mais il n'y a aucun inconvénient à choisir comme tuteur *ad hoc* la femme si elle ne retire aucun profit personnel du partage d'ascendant conjonctif, tel que réserve d'usufruit ou stipulation de rente viagère, et n'a pas des intérêts distincts et opposés de ceux de son codonateur.

Quant à l'interdiction de la femme, elle n'oblige pas le mari à d'autres formalités que la réunion du conseil de famille et l'homologation judiciaire. Le tribunal n'est jamais alors appelé à autoriser lui-même la disposition sur une portion quelconque de biens, puisqu'il n'y a lieu de relever le mari d'aucune incapacité.

(1) Qui a oublié de reproduire une partie de l'article 420 du Code civil.



# **LIVRE III**

## **EFFETS DU PARTAGE D'ASCENDANT CONJONCTIF**

---

### **TITRE PREMIER**

#### **EFFETS VIS-A-VIS DES ÉPOUX DONATEURS**

---

#### **CHAPITRE PREMIER**

##### **Perte pour la femme de sa faculté de répudier la communauté**

---

224. – La femme survivante peut, avant d'avoir pris parti, comprendre dans un partage d'ascendant conjonctif les effets de la communauté dissoute en droit quoique non liquidée en fait. Pour ce qui est de la portion de communauté revenant au mari défunt, un tel acte est de sa part un partage ; pour ce qui est de la portion lui revenant à elle-même, c'est une disposition à titre gratuit. Or, le partage et la disposition à titre gratuit dépassent les actes d'administration. La veuve qui procède ainsi, quelle que soit la forme de son acte, donation entre vifs ou testament, accepte tacitement la communauté par immixtion et ingérence.

225. – La répartition de la masse commune effectuée par les deux époux d'accord dans deux testaments avec clauses

pénales entraîne également acceptation tacite de la femme par ingérence si elle survit à son mari et maintient son testament après la dissolution de la communauté jusqu'à son propre décès. Si elle meurt la première, ses dispositions de dernières volontés où elle distribue la communauté ne sont pas annulées par l'article 1453 du Code civil, parce qu'elles n'opèrent qu'à son décès, donc à la dissolution de la communauté, à une époque où l'exercice du droit d'option est licite. Aucun arrêt n'a jamais refusé à la femme prémourante le droit d'exercer sa faculté d'option par testament. Ce testament-partage de la femme est cependant une acceptation tacite de la communauté par immixtion, puisqu'elle consent à y obtenir une part du fait qu'elle en dispose. Ses héritiers sont ainsi privés du droit de renoncer en son nom à la communauté à l'encontre de son testament ; ils n'ont que celui de renoncer à sa succession.

226. — Les ascendants communs en biens peuvent effectuer de concert un partage d'ascendant conjonctif après dissolution de leur communauté par divorce, séparation de corps ou séparation de biens, quoique l'hypothèse soit d'une réalisation peu probable en raison de l'animosité qui les sépare presque certainement (1). Dans ce cas, la participation de la femme lui fait perdre aussi sa faculté de renoncer plus tard à la communauté dissoute.

227. — L'irrévocabilité de son acceptation fait courir un danger à la femme dans ces trois cas où sa participation au partage d'ascendant conjonctif entraîne pour elle acceptation tacite de la communauté. Si plus tard l'acte est caduc après avoir été accompli entre vifs, pour une raison ou une autre et notamment pour défaut d'acceptation par les descendants, sa caducité laisse subsister pour la femme les conséquences de son

(1) En cas de divorce notamment, si les enfants nés du mariage sont déjà grands, la confection d'un partage d'ascendant conjonctif à leur profit remplace avantageusement la liquidation de la communauté, au sujet de laquelle les époux se soulèvent encore mille chicanes. C'est empêcher les enfants de souffrir pécuniairement de la discorde de leurs parents. C'est aussi supprimer, ou réduire jusqu'à due concurrence, la pension alimentaire des enfants nés du mariage, qui sont saisis d'un capital, et même de l'époux qui l'a obtenue et au profit de qui une rente viagère ou un usufruit proportionnels sont stipulés sur les biens du conjoint.

ingérence. Par exemple, après dissolution de la communauté par séparation de biens principale ou accessoire, en raison de la médiocrité de celle-ci l'ascendante n'a pas l'intention de l'accepter pour elle, mais ne se refuse pas à s'associer à son mari afin de transmettre tant de son chef que du chef de ce dernier l'actif commun aux enfants ; si l'acte est préparé par donation-partage, mais que l'un des donataires refuse de l'accepter, il est caduc, il n'a jamais produit effet, mais la mère est réputée commune, malgré ses intentions contraires, rien que pour avoir participé à cette tentative de disposition.

226. — Dans les cas ci-dessus passés en revue, l'acceptation tacite par la femme est *postérieure à la dissolution de la communauté*, quand elle résulte de la confection d'un partage d'ascendant conjonctif, et c'est ce qui la rend possible. En dehors de cette circonstance, la femme ne perd jamais son droit d'option en effectuant un partage d'ascendant conjonctif valable ; en dépit de sa participation à l'acte, elle garde toujours intacte la faculté de renoncer. Il s'agit là du reste de la validité du partage d'ascendant conjonctif.

---

## CHAPITRE II

### Effets vis-à-vis de la femme renonçante

---

229. — La répudiation de la communauté n'efface pas la clause de solidarité tacite qui oblige la femme à respecter et faire valoir le partage d'ascendant, et l'empêche d'exercer à son encontre une action quelconque, car, quoique renonçante, elle reste tenue à la garantie de son fait personnel (1). Il va de soi qu'au contraire la renonçante n'est plus tenue à la garantie de l'éviction par les tiers.

(1) Agen, aff. Vigne, 21 novembre 1860. D. P., 61, 2, 34.

### CHAPITRE III

#### Effets sur les rapports pécuniaires des époux

---

230. — La dissolution de la communauté fait naître pour chaque époux ou ses héritiers le droit d'en demander la liquidation, c'est-à-dire un ensemble d'opérations dont le but est de déterminer, par le compte des conjoints à raison de la communauté qui a existé entre eux, l'actif net qu'il reste à partager par moitié en cas d'acceptation par la femme, ou le montant des reprises que celle-ci doit reprendre comme renonçante. Les éléments de ce compte sont les indemnités ou récompenses que chacun doit à la communauté ou qui lui sont dues par elle. On obtient une double balance, un solde de compte entre la communauté et le mari d'une part, et un autre solde entre elle et la femme. L'époux révélé débiteur par son compte rapporte à la masse commune ce qu'il doit ; s'il est révélé créancier, il prélève avant partage sa créance sur l'actif commun. En cas d'insuffisance de celui-ci, la femme a même le droit de prélever sur la sienne les propres du mari, droit qui lui est assuré par une double garantie : un droit de gage sur les meubles et son hypothèque légale sur les immeubles. Le fait d'avoir distribué anticipativement entre leurs descendants leurs effets de communauté [modifie-t-il cette situation juridique normale des époux ?

Il ne s'agit ici que du seul partage d'ascendant conjonctif qui distribue toute la fortune des ascendants, ou du moins une fraction importante de celle-ci, en laissant de côté celui qui ne distribue que quelques effets de communauté.

#### SECTION I

##### *Récompenses dues par le fait du partage d'ascendant conjonctif*

231. — Le partage d'ascendant conjonctif donne-t-il naissance à des récompenses nouvelles à la charge des donateurs



ou de l'un d'eux envers la communauté qui se dépouille ? Toute récompense ayant sa source dans un acte fait au cours de la communauté et non après, il ne s'agit ici nécessairement que du partage d'ascendant conjonctif effectué entre vifs.

Aux termes de l'article 1438 du Code civil, la constitution de dot faite par les deux époux est censée émaner de chacun d'eux pour moitié ; rétablissement est donc dû si la dot est fournie en biens appartenant aux époux dans une proportion inégale. Dans le partage d'ascendant conjonctif les père et mère donnent la totalité ou une fraction importante de leurs biens et non une quote-part qu'ils limitent arbitrairement à une valeur déterminée. Si l'opération s'applique à constituer une portion fixe, c'est plutôt celle que les ascendants conservent que celle qu'ils transmettent. Comme leurs fortunes respectives ne s'équivalent pas en fait, l'inégalité de participations est le cas général. Malgré cela, aucune récompense n'est due par l'époux dont les biens donnés ont une valeur moindre, parce qu'à la différence de la dot le partage d'ascendant conjonctif n'est jamais censé fait pour moitié par chaque ascendant, mais précisément pour cette proportion souple qu'est la fiction conjonctive, grâce à laquelle la participation théorique est exactement calquée sur la participation effective (n<sup>os</sup> 73 et suivants *supra*).

La conjonctivité artificielle imprimée à leur acte ne modifie donc en rien les rapports pécuniaires des époux sur ce point. Il n'est pas plus dû de récompense qu'ensuite de deux partages anticipés accolés.

232. — La distribution de la masse de communauté n'engendre pas davantage de récompense. Si la femme accepte, chaque époux est donateur concurremment de moitié, ou telle autre proportion suivant le jeu des reprises et récompenses. Si elle renonce, elle n'est plus donatrice que de ses propres compris à l'acte ou de ses biens réservés (1), ce qui motive la disparition du caractère conjonctif si les divers biens ne sont pas confondus dans une répartition unique. Il en est autrement si les époux spécifient expressément les quotités pour

(1) En ce sens : Bordeaux, 17 janvier 1854, D. P., 55, 2, 213, Aff. Fondadouze. En sens contraire, motifs du jugement d'Amiens dans l'aff. Watrin, Req., 5 février 1850, D. P., 50, 1, 97, S., 50, 1, 337, jugement du 15 février 1849.

lesquelles ils entendent participer respectivement à la donation des biens de communauté, si par exemple ils déclarent donner chacun pour moitié ou telle autre part. En ce cas, la part donnée par la femme l'est à tort par elle au préjudice de son mari, véritable propriétaire des biens. L'acte n'en est pas ébranlé ; le mari ou ses héritiers sont simplement en droit d'exiger de la mère ou de sa succession une récompense égale à la valeur de la portion de communauté donnée de son chef. On voit l'intérêt qu'il y a pour une ascendante mariée sous le régime de communauté à ne pas spécifier dans le partage d'ascendant conjonctif qu'elle entend être donatrice de moitié : une telle stipulation la prive ou peu s'en faut du bénéfice de sa répudiation ultérieure. Mais cette stipulation est très rare en fait, et d'ailleurs elle ne se conçoit guère dans un partage anticipé fait au profit des enfants communs.

233. — Si le partage d'ascendant conjonctif procure à l'un des conjoints ou à la communauté un avantage quelconque qui lui soit personnel, récompense est due comme ensuite de tout acte dans la limite de la valeur de cet avantage, et non de la valeur fournie par la communauté ou le conjoint. Cependant les deux applications pratiques de cette règle sont ici sans intérêt.

La première est l'usufruit ou la rente viagère fournis à l'un des conjoints avec une portion de biens communs supérieure à ses droits dans la communauté. Ce dernier point est essentiel pour qu'il y ait lieu à récompense ; il faut que l'usufruit ou la rente viagère dépasse ce que l'ascendant obtiendrait avec ses droits dans la communauté. Il est alors dit réversible, et comme tel s'analyse (n<sup>os</sup> 35 et suiv.), en une libéralité entre époux, radicalement nulle si elle est réciproque dans le même acte aux termes de l'article 1097 du Code civil. Qu'elle soit nulle comme réciproque ou valable comme unilatérale, la clause n'a pas une nature différente : c'est toujours une libéralité entre époux. Aucune récompense n'est due pour les libéralités que les époux se font sur les biens communs, à peine de perdre le caractère d'une libéralité en perdant sa gratuité (1). Il n'y a pas moyen d'échapper à ce raisonnement.

(1) Maguéro, V<sup>o</sup> réversion, n<sup>o</sup> 40.

Il est inadmissible de considérer tantôt l'avantage réversible comme une libéralité entre époux pour en prononcer la nullité, tantôt comme n'en étant pas une pour obliger à récompense.

La communauté acquitte encore une dette personnelle à l'un des époux, génératrice de récompense, si les biens communs sont donnés aux enfants unilatéraux de celui-ci. Le partage d'ascendant n'est en ce cas conjonctif que s'il est passé au profit d'enfants communs en même temps que d'enfants unilatéraux. Il n'est alors valable que si les lots attribués aux divers enfants sont conformes à leurs droits héréditaires respectifs sur la communauté tels qu'ils résultent de l'option de la femme. Aucune récompense n'est due par l'auteur des enfants puisqu'il n'excède pas sa participation légitime. S'il en est autrement, le versement d'une récompense ne saurait parer à la nullité de l'acte.

## SECTION II

### *Sort des récompenses dont la cause est étrangère au partage d'ascendant conjonctif*

234. — Il y a lieu de distinguer suivant que le partage d'ascendant conjonctif produit effet au cours de la communauté ou après sa dissolution. Un premier paragraphe groupera les dispositions émanant du survivant, des deux époux entre vifs mais après dissolution de la communauté, et des deux époux par testaments ne produisant effet qu'au décès de l'un d'eux. Ce qui est transmis aux descendants est la masse entière de la communauté dissoute, une *masse morte* dont nécessairement la consistance est définitive et les comptes arrêtés encore que non révélés. Un deuxième paragraphe traitera du seul partage d'ascendant conjonctif durant la communauté, soit par les deux époux, soit par l'un d'eux. Ce sont alors des effets seulement qui sortent de la communauté, et non celle-ci qui est transmise. Quand même l'acte épuise l'actif commun entier, il n'empêche pas d'autres acquêts de le reconstituer postérieurement. Il n'en serait autrement que s'il tarissait la source même de la communauté en même temps qu'il en liquide le contenu, résultat impossible

en présence de l'immutabilité des conventions matrimoniales puisque ce serait, en arrêtant volontairement la communauté, faire une séparation de biens prohibée.

§ 1. — Influence du partage d'ascendant conjonctif réalisé après dissolution de la communauté

235. — Les ascendants ou le survivant usent de leur droit lorsqu'ils opèrent la liquidation de la communauté dissoute en effectuant le partage d'ascendant conjonctif entre vifs pour n'abandonner que la part qui revient à chacun. Cette manière d'agir est rare parce qu'elle enlève au geste son avantage qui est précisément d'éviter en même temps que la liquidation les contestations qu'elle fait surgir et la perception fiscale qui l'accompagne. L'acte n'est alors conjonctif que s'il répartit artificiellement sans distinction d'origine les biens attribués à chaque ascendant. Seul est ici envisagé le cas où la masse indivise est distribuée aux enfants sans être liquidée.

236. — Le partage d'ascendant conjonctif fait après dissolution de la communauté ou pour ne produire effet qu'à cette époque emporte extinction de toute récompense en l'absence d'une clause contraire expresse. Aucune récompense ne naîtra plus à l'avenir puisque la communauté est dissoute. Le compte des époux est définitif en ce sens que tous ses éléments sont actuels. Il suffit de l'établir.

Un créancier qui partage sciemment à titre gratuit entre des tiers les biens de son débiteur sans prélever ce qui lui est dû est censé renoncer non seulement à son gage, mais à sa créance elle-même. De même, l'époux créancier de la communauté abandonne de plein droit la récompense qui lui est due s'il distribue bénévolement aux descendants la masse commune sans conserver la valeur à lui due.

Pour les récompenses dues à la communauté, l'époux débiteur, en consentant l'abandon de son patrimoine au profit des enfants, se met dans l'impossibilité de les payer un jour, et cela au su de son conjoint qui participe à l'abandon et en fait un semblable ou, si ce conjoint est mort, des descendants donataires qui ont recueilli ses droits dans la communauté. Le conjoint, ou ses héritiers, est censé consentir taci-



tement pour la moitié de la récompense commune qu'il représente que le débiteur donne à d'autres tous ses biens. Exiger plus tard le paiement de cette dette est une injustice. En outre, si c'est du seul survivant qu'émane la transmission de la masse commune et en même temps celle des propres du débiteur, les enfants en l'acceptant sont censés recevoir ces derniers d'abord en paiement de la créance de la communauté et pour le surplus seulement à titre gratuit.

237. — D'autre part, le partage anticipé ordinaire ne transmet qu'une seule succession, donc les seuls biens qui la composent en nature. Si l'ascendant entend donner ses créances ou ses dettes envers les tiers il doit les énoncer expressément. Le partage d'ascendant conjonctif comprend deux successions mêlées et confondues ; ses auteurs n'attribuent matériellement aux donataires que ce qui se trouve en nature, le solde matériel des deux successions réunies. Il n'en est pas moins vrai qu'ils cèdent non seulement les effets matériels de la communauté mais tous leurs droits dans celle-ci et celle-ci elle-même. Si l'époux ne donne que ses biens dans leur individualité, il conserve sa créance tout en perdant le gage qui la garantissait ; mais s'il fait dans un partage d'ascendant conjonctif l'abandon global de sa fortune, il abandonne tout : les créances, les droits, comme les choses matérielles. Et si cet abandon global porte sur deux hoiries, les droits qui s'échangent de l'une à l'autre ne restent pas en dehors, comme feraient les créances non expressément énoncées d'un des époux contre un tiers. Si les parties avaient l'intention de conserver leurs créances respectives, elles les réserveraient expressément. La femme créancière pour vente d'un de ses propres, par exemple, ne retient pas plus cette créance dans son intention qu'elle n'aurait mis à part du partage d'ascendant conjonctif le propre lui-même s'il n'était vendu ou les deniers du prix si elle les avait encaissé personnellement. L'époux créancier pour réparations payées par lui à un immeuble de communauté donne cette récompense comme il donnerait les espèces s'il les avait, et comme il donne l'avantage résultant des réparations.

238. — Enfin, il est inadmissible que l'époux débiteur consente à laisser sa succession grevée de récompenses à

raison des biens dont il gratifie ses enfants au moyen d'un acte exclusif de tout recours en garantie et dont le but est de leur éviter toutes difficultés ultérieures (1). La conséquence forcée du partage d'ascendant conjonctif est que les époux se démettent non seulement de leurs biens, gages de leurs dettes éventuelles, mais des créances elles-mêmes mutuellement garanties par ces biens (2).

239. — La nature de la renonciation implicite aux récompenses à charge ou au profit de la communauté qui résulte du partage d'ascendant conjonctif lorsqu'il produit effet après dissolution de la communauté est celle d'une libéralité ou par l'époux créancier ou par la communauté créancière adressée directement aux descendants et dont l'émolument s'ajoute à l'émolument effectif des biens donnés. Le créancier met sa créance en masse de partage comme il y mettrait sa cause si elle existait encore en nature. Le débiteur ne transmettrait pas la quantité de biens qu'il transmet s'il avait payé ou entendait payer plus tard les sommes qu'il doit pour récompenses. Il n'y a donc pas de libéralité entre époux. Ces renonciations à récompenses, quoique réciproques dans le même acte, n'encourent pas la nullité de l'article 1097 du Code civil. Si l'ascendant créancier fait d'abord remise de la récompense à son conjoint avant la libéralité, il se retire pour autant du partage d'ascendant conjonctif qui n'émane plus que de l'époux débiteur. Une seule valeur est transmise aux enfants : les biens du débiteur ou de la communauté débitrice dégrevés de la créance de reprises (3). Les enfants n'ont plus à se soucier de la récompense ; elle ne sert qu'à régler les contributions personnelles des époux, respectivement. Supposons que le mari soit créancier de la communauté pour 6.000, montant de réparations effectuées de ses deniers personnels à un immeuble de celle-ci d'une valeur de 10.000. Cet immeuble est compris au partage d'ascendant conjonctif après renonciation par le mari à la récompense qui lui est due. La récompense est éteinte et chaque époux est donateur de la moitié de l'immeuble, soit 5.000. Si aucune renonciation

(1) Aff. Mounereau, Poitiers, 9 mai 1883, D. P., 84, 2, 29.

(2) Chauvin, thèse Poitiers, 1910, pages 155 et suiv.

(3) Thèse Chauvin, Poitiers 1910, précitée.

n'intervient avant la libéralité, la récompense s'éteint tout autant, mais le mari est donateur pour 6.000, montant de sa récompense, à laquelle il n'a renoncé que dans le seul intérêt des enfants, et en outre de la moitié des 4.000 de surplus, transmis par la communauté.

240. — Cette analyse met en valeur l'inutilité de la renonciation formelle et expresse des époux à leurs récompenses mutuelles. Cette renonciation aux droits de créance de l'article 1437 du Code civil est parfaitement valable ; aucune loi ne la prohibe et on ne voit pas ce qu'elle aurait d'illicite (1). L'article 1437 n'est pas d'ordre public, et l'époux créancier peut exonérer son conjoint de toute récompense quand il a la libre disposition de ses biens (2). Mais la stipulation est surabondante, puisque automatiquement les ascendants transmettent aux enfants leurs récompenses mutuelles et en sont libérés. Or, avec l'apparence, contraire à la réalité, d'une libéralité entre époux elle fournit motif à une perception fiscale.

#### § II. — Influence du partage d'ascendant conjonctif réalisé au cours de la communauté

241. — Quand le partage d'ascendant conjonctif opère effet actuel au cours de la communauté, il y a deux sortes de récompenses à envisager : celles qui sont dues actuellement encore que non liquides ni exigibles, pour des faits antérieurs à l'acte ; et celles qui naîtront dans la suite en raison de la continuation de l'association conjugale. De ces dernières qui n'existent pas encore, mais dont l'existence éventuelle est imparable en raison de l'immutabilité des conventions matrimoniales, on ne peut connaître ni la nature ni le montant. En outre, leur éventualité empêche de balancer le compte de récompenses et de déterminer le solde définitif qui constitue la créance de reprises sur la communauté de chaque conjoint. On ne peut obtenir qu'une balance provisoire.

242. — La renonciation à la créance de reprises et récompenses est impossible juridiquement ; on ne peut pas faire remise

(1) Poitiers, 9 mai 1883. D. P., 84, 2, 29. Aff. Mounereau, précitée.

(2) Civ. 24 janvier 1894. D. P., 94, 1, 337. Aff. Lemaire contre Dauré.

d'un solde de compte qu'on ne connaît pas, qui n'existera peut-être pas, qui apparaîtra au profit de l'un ou de l'autre des époux. Et si la chose était réalisable, ce serait de la part des conjoints changer le régime de leur contrat de mariage. Quoique en fait il ne fasse plus aucune opération, pour supprimer en droit le compte courant, il faudrait supprimer la communauté elle-même, ce qui est interdit.

Il n'est permis aux époux de renoncer qu'*aux éléments actuels du compte* ; de le balancer à ce jour provisoirement, sans pouvoir rien faire ni implicitement, ni explicitement en ce qui concerne les éléments à venir, et par conséquent le solde inconnu. Donc, pour les récompenses déjà nées, leur sort est le même que si le partage d'ascendant conjonctif est réalisé après dissolution de la communauté. La confection de ce dernier entraîne leur dispense implicite et automatique. D'après une note anonyme au Dalloz périodique 1895, 1, 354, sous Civ. 4 décembre 1894, la dispense de récompense au cours du mariage « pour ne pas emporter dérogation aux conventions matrimoniales, ne peut résulter que d'une donation entre époux ou d'un acte testamentaire ». La formule, trop absolue, est inexacte quand l'abandon est fait comme ici au profit des enfants communs. Il n'y a pas libéralité entre époux. Les bénéficiaires uniques en sont les descendants donataires. La dispense est la conséquence logique de la transmission par les deux ascendants conjointement de la masse commune dont un élément motive cette récompense. Chaque conjoint donne, qui l'objet, qui la récompense à lui due au sujet de cet objet ; il n'y a pas là de modification au régime matrimonial.

Un autre auteur (1) prétend impossible à un époux pendant le mariage de transmettre une créance de récompense qui n'est ni liquide, ni exigible, ni certaine. Une telle créance ne saurait en effet faire l'objet d'une libéralité réelle par un acte autonome, parce qu'un droit qui n'a pas encore d'existence légale est intransmissible à autrui ; mais aucun principe juridique n'interdit d'abandonner un droit éventuel, ni certain, ni exigible, s'il n'est par ailleurs conservé par l'ordre public.

(1) Chauvin, thèse Poitiers, 1910 précitée.



243. — Si la renonciation aux récompenses de cause actuelle est automatique, les époux peuvent la stipuler expressément, quittes à faire ainsi une stipulation surabondante qui donne corps à une perception fiscale. On conteste parfois la validité de cette clause, parce que le partage d'ascendant conjonctif n'opère pas légalement dissolution de la communauté pour les opérations faites à ce jour (1). Mais les parties ne font rien d'illicite en constatant en termes exprès un effet juridique implicite et automatique de leur convention, quand elles ne le modifient pas et n'y ajoutent rien. Dans ce cas, il n'est pas besoin de liquider les récompenses, de les énumérer et d'en établir la balance, évidemment toute provisoire ; il suffit que les époux déclarent y renoncer, quelles qu'elles puissent être : l'objet de la clause n'est pas indéterminé, mais seulement ignoré des parties, et connaissable par un simple calcul.

244. — Les époux ont aussi licence, au lieu de renoncer mutuellement à leurs créances contre la communauté ou de se tenir quittes de leurs dettes envers elle, de stipuler que l'un d'eux donne aux enfants le montant de ses reprises. Ce qui sera fait notamment par la femme dans le cas d'encaissement par la communauté du prix de vente d'un de ses propres : elle énonce alors qu'elle concourt au partage d'ascendant conjonctif pour le montant de sa créance de reprises, comme elle y concourrait par la donation effective de son propre si elle l'avait encore. Cette clause est certainement valable. Son effet est de modifier seulement les contributions respectives des deux époux à la libéralité. Mais elle est dangereuse en droit fiscal.

### SECTION III

#### *Liquidation de la communauté*

245. — Il faut éviter une confusion entre le partage de la communauté et sa liquidation. Celui-là entraîne forcément celle-ci, mais la réciproque n'est pas vraie. Le partage anti-

(1) Maguéro, V<sup>o</sup> partage d'ascendant n<sup>o</sup> 328.

cipé qui comprend la masse commune enlève à tout jamais à qui que ce soit s'il est valable le droit de demander le partage des biens y compris, pas plus entre les ascendants s'ils en étaient propriétaires indivis, qu'entre l'un d'eux et les donataires. A quoi servirait du reste ce partage tout théorique entre les deux donateurs, qui ne peut aller à l'encontre d'un partage anticipé valable ? Au contraire, pour la liquidation, c'est-à-dire le compte faisant connaître la contribution de chaque donateur, sans répartition aucune d'un actif déjà transmis, le partage d'ascendant conjonctif n'enlève pas le droit de la demander. S'il en était autrement, il créerait entre deux successions une confusion perpétuelle obligée, une sorte d'indivision prohibée par l'article 815 du Code civil. Mais il faut pour la demander un intérêt légitime.

246. — La réalisation du partage d'ascendant conjonctif après dissolution de la communauté rend inutile dans la suite la liquidation de celle-ci comme étant sans résultat pratique possible. Les descendants sont saisis chacun divisément des effets qui peuvent appartenir dans la masse à l'un et à l'autre des conjoints, en même temps que des droits de créances recouvrables sur ces effets à la charge de l'un, de l'autre ou de la communauté. Peu importe la balance des droits respectifs des patrimoines paternel, maternel ou commun, puisque la confusion s'en est effectuée entre les mains des descendants. Faute d'intérêt, nul n'a d'action pour la demander.

247. — S'il plaît aux parties de spécifier qu'il n'y aura pas lieu à l'avenir d'effectuer la liquidation, et de renoncer au droit de la demander, cette clause est licite parce qu'interprétée comme une reconnaissance qu'il n'y a pas actuellement d'intérêt à la demander. Mais tout ce qui a pour but de l'empêcher quand l'intérêt reparaît est nul. La liquidation devient nécessaire en dépit de toute convention et de toute conséquence implicite du partage d'ascendant conjonctif chaque fois que dans la suite il s'agit de déterminer la part prise à la libéralité par chaque époux, de régler, autrement dit, la fiction conjonctive, pour fixer, par exemple, l'étendue du droit de retour ou de la révocation du partage d'ascendant conjonc-

tif ou pour vérifier les valeurs respectives des lots dans le cas de présence à l'acte d'enfants unilatéraux. En ce dernier cas tous les gratifiés ont intérêt à demander la liquidation de la communauté pour fixer la valeur respective des successions de chaque ascendant, donc pour apprécier la légitimité des attributions qui leur sont faites.

Dès lors, un ascendant n'a pas licence, soit par une disposition de son acte entre vifs, soit par un testament postérieur, de priver de la quotité disponible dans sa succession quiconque demandera un jour la liquidation de la communauté.

248. — Le partage d'ascendant conjonctif effectué par les époux par double testament présente une particularité. Les conjoints conservent, en dépit de leurs testaments qui évidemment ne produisent effet et ne les lient qu'à leurs décès respectifs, le droit de demander, si la communauté se dissout par séparation de biens principale ou accessoire de leur vivant, non seulement sa liquidation, encore qu'ils n'y aient aucun intérêt spécial, mais son partage. Rien d'anormal ne se passe si c'est avant le décès du conjoint qu'agit l'un des époux. Mais si c'est après, que le survivant demande la liquidation et le partage de la communauté, il rend caduque, sans rien pour l'en empêcher, la combinaison consentie d'accord. Si le partage conjonctif testamentaire se réalise en fait dès le décès du prémourant, le testament du survivant n'en produit pas effet plus tôt et ne prive par conséquent pas son auteur du droit de demander la liquidation et même le partage. Puisque les testaments sont distincts par essence (art. 968 du Code civil), il est évident que celui du prémourant ne lie pas son conjoint. Les descendants sont sans droit, d'autre part, pour arrêter l'action de leur ascendant, en raison de l'article 815, puisque le testament du défunt est nul comme outrepassant ses droits et disposant de la chose d'autrui. S'ils se joignent à la demande ils encourent la clause pénale et sont réduits à leur réserve dans la succession du prémourant. Ils l'encourent encore s'ils ne s'opposent pas, car c'est de leur part un acquiescement. Une seule ressource est offerte pour conserver la quotité disponible : se laisser assigner et s'en rapporter à justice devant le tribunal. Il est unanimement admis en procédure que les conclusions du défendeur

s'en rapportant à justice équivalent à une contestation suffisante de la demande.

249. — Si c'est au cours de la communauté qu'est effectué le partage d'ascendant conjonctif, lors même que l'actif commun est épuisé en fait, rien ne peut l'empêcher en droit de se reformer depuis la passation de l'acte jusqu'à la dissolution de la communauté, par suite de l'interdiction d'une séparation de biens volontaire. La communauté est assimilable à un compte courant ; elle subsiste comme lui tant que n'est pas dissoute l'association qui y donne lieu, malgré que les deux associés remettent l'encaisse à titre gratuit à des tiers ; ce n'est pas de leur part renoncer au droit de faire balancer un jour le compte courant qu'il est interdit aux conjoints de faire cesser à leur gré. En dépit de toute intention de leur part, il renaît après chaque épuisement de l'actif. Aucun acte n'implique renonciation au droit d'en demander la liquidation, puisque ce droit n'est pas ouvert tant que la communauté n'est pas dissoute.

Une renonciation expresse est nécessaire à la perte actuelle et définitive du droit de demander la liquidation. Or, cette renonciation est interdite par l'immutabilité des conventions matrimoniales, parce que l'acte effectué au cours de la communauté laisse nécessairement un reliquat, à la liquidation et au partage duquel il n'existe aucun moyen de renoncer à l'avance.

250. — Malgré la confection du partage d'ascendant conjonctif, la subsistance d'un reliquat est ainsi inévitable. Les donateurs ne peuvent stipuler qu'il appartiendra à l'un d'eux, pas plus en usufruit qu'en propriété, à moins que leur contrat de mariage prévoie cette éventualité. La règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales s'y oppose toujours. C'est d'autre part un pacte sur une succession future prohibé, en ce qu'il attribue au survivant la moitié de communauté qui appartiendra à la succession de son conjoint par son décès. Chaque époux cependant lègue valablement ce reliquat à son conjoint ; mais l'émolument ainsi procuré au survivant ne doit pas dépasser la quotité disponible entre époux, ce qui est peu probable : le reliquat est généralement peu im-



portant ensuite d'un partage d'ascendant conjonctif fait par des ascendants âgés, et le legs ne portant que sur sa moitié représente rarement le quart en pleine propriété et le quart en usufruit réunis de la succession entière du prémourant, ou sa moitié en usufruit seulement.

---

## CHAPITRE IV

### **Effets sur les garanties de la femme**

---

251. — La femme violerait l'immutabilité des conventions matrimoniales en renonçant expressément ou tacitement, lors de la disposition, à son droit d'exercer ses reprises par prélèvement sur les biens de communauté. Mais ce droit de prélèvement est doublement restreint : dans ses causes et dans sa portée. Il n'assure plus que le paiement des récompenses et des reprises dont la cause est postérieure à la disposition, puisque la femme commune a transmis tacitement aux descendants toutes ses récompenses actuelles qui se sont éteintes entre leurs mains par confusion. Et d'autre part, le droit de prélèvement par préférence ne peut porter que sur ceux des biens qui restent dans la communauté lors de la dissolution, et à défaut sur ceux qui restent au mari à cette époque ; à l'exclusion de tous ceux qui ont été compris dans le partage d'ascendant conjonctif et dont les enfants sont aujourd'hui irrévocablement saisis.

Mais il n'en est ainsi que si la femme a renoncé dans l'acte de famille à son hypothèque légale, ce qui est le cas général. Si elle n'en a rien fait, elle conserve intact son droit de suite qui lui permet de prélever entre les mains des enfants donataires, pour assurer le paiement de ses créances, tous les effets de communauté qui leur ont été attribués, et, en cas d'insuffisance, tous les anciens propres du mari. On aperçoit alors le danger inhérent au partage d'ascendant conjonctif effectué par le mari seul entre vifs pour l'établissement des enfants,

puisque la femme n'y renonce pas à son hypothèque légale, et que sa répudiation de la communauté ne lui enlève pas son droit de reprises.

---

## CHAPITRE V

### Effets sur la révocation et le droit de retour

---

252. — Durant la vie de son auteur, le partage anticipé entre vifs est une pure libéralité qui ne devient un partage qu'à son décès. Lorsque le même acte instrumentaire contient partage anticipé par deux époux, ceux-ci meurent à des dates différentes, sauf cas extraordinaire. Il en résulte que le passage de la disposition de donation en partage est forcément partiel, conséquence de la dualité d'auteurs. C'est ici qu'intervient le caractère conjonctif. Si l'acte instrumentaire unique ne fait que grouper deux actes juridiques distincts, ce passage partiel a lieu au décès du premier auteur sur l'ensemble de ses biens personnels, qui se séparent ainsi en une masse homogène de l'ensemble des biens du survivant pour n'être plus qu'un partage de succession affranchi de toutes les règles des libéralités. Dans le partage d'ascendant conjonctif, au contraire, l'acte instrumentaire unique constate un acte juridique unique et indivisible. La conjonctivité n'empêche pas d'être partielle dans l'intervalle qui sépare le décès du prémourant de celui du survivant la transformation du partage anticipé de libéralité en partage. Mais elle substitue un procédé à un autre pour le distinguer en deux parties lors de cette transformation partielle. On ne considère plus l'origine des biens en nature comme dans les deux partages anticipés accolés en la forme et distincts au fond, mais fictivement le rapport des contributions respectives des deux successions paternelle et maternelle. Seule doit logiquement être prise en considération la fiction conjonctive pour délimiter le domaine de la libéralité et celui du partage, dans chaque lot

et sur chaque objet, comme dans l'ensemble de l'acte. Telle est du moins la solution souhaitable en principe.

Dans trois sections différentes, on cherchera si ce principe doit s'appliquer au droit de révocation et au droit de retour du triple point de vue de leurs causes, de leur portée et de leurs effets. La première section cependant sera muette sur le droit de retour conventionnel ou légal et ne traitera que de la révocation, parce qu'évidemment le caractère conjonctif ne saurait donner ouverture à la succession anormale non plus qu'au droit de réversion dans d'autres cas que celui de décès sans postérité d'un descendant alloti à la survivance de l'ascendant donateur; il ne peut qu'en modifier la portée ou les effets.

## SECTION I

### *Effets du partage d'ascendant conjonctif quant au droit d'en demander la révocation*

253. — L'unité et l'indivisibilité de l'acte juridique ne donnent pas naissance à des cas de révocation autres que ceux qui existent pour tous partages anticipés entre vifs : l'inexécution des charges et l'ingratitude. Elles ne sauraient qu'augmenter l'étendue du droit de révocation, quand l'ouvre la loi : lorsque survient une cause de révocation personnelle à l'un des ascendants, ce dernier a-t-il seul le droit d'en user pour intenter l'action en révocation ? Son conjoint ne peut-il la mettre aussi à profit ?

La clause stipulant que la révocation, si elle est encourue du chef d'un seul donateur par un des enfants, portera sur son lot entier, donc au profit des deux ascendants, est pleinement licite. Ce sont les hypothèses d'ingratitude purement personnelle à l'un des époux, d'inexécution d'une charge stipulée au bénéfice d'un seul ou d'inexécution aux dépens d'un seul d'une charge stipulée au profit de tous deux. La clause a été acceptée valablement par le défendeur en vertu de son adhésion à la donation-partage ; il s'est conclu sur ce point un véritable contrat qui n'a rien de contraire à l'ordre public ; il doit recevoir son application. Cependant la clause est radicalement nulle si elle attribue à un seul époux le bénéfice entier de la révocation intégrale.

En l'absence de toute clause prévoyant l'hypothèse, la révocation ne peut encore être encourue par un donataire que pour la totalité de son lot si les époux ont stipulé leur solidarité expresse à la libéralité que constitue le partage d'ascendant conjonctif, parce qu'ils se sont mutuellement soumis aux conséquences des actions que l'un d'eux exercerait.

254. — Le cas qui nous intéresse est celui où l'acte instrumentaire est muet sur le problème et sur la solidarité. Deux opinions sont en présence. L'une réunit la majorité des auteurs (1). D'après elle, le droit de faire révoquer la donation-partage n'appartient qu'à l'époux victime et non à son conjoint, ce conjoint ne peut se plaindre de l'inexécution des obligations qui n'ont pas été imposées dans son intérêt ; il n'a aucun titre juridique à demander la révocation. L'autre opinion est enseignée par Fuzier-Herman (2) : le conjoint puise son droit de faire révoquer aussi la donation de son chef dans ce fait qu'elle est indivisible dans la pensée des parties, ce qui est de l'essence même du partage d'ascendant conjonctif, et qu'on ne peut diviser un titre juridique pour lui faire produire effet. De même que le partage d'ascendant conjonctif n'est annulable que pour le tout quand il est bien indivisible, principe aujourd'hui unanimement admis, il n'est révocable que pour le tout dans chacun de ses lots ; son sort doit être aussi bien unique dans un cas que dans l'autre. Cette seconde théorie est plus conforme rationnellement à l'idée de conjonctivité qui doit produire effet dans ce cas comme dans d'autres, puisqu'on a tranché par l'affirmative (nos 82 et 83 *supra*), la question de principe sur l'application des effets de la conjonctivité au partage anticipé en tant que libéralité. Elle est aussi plus équitable en fait, car le tort causé à l'un des époux, quand il est assez grave pour entraîner le droit de révocation, entraîne aussi un préjudice au moins moral pour son conjoint. Les liens étroits qui unissent deux époux l'un à l'autre vis-à-vis des enfants communs doivent en toute justice remplacer d'office la stipulation de solidarité

(1) Génétrier, page 555, n° 13. Laurent, t. XV, n° 74. Bonnet, t. I, n° 251 *bis*. Huc, t. VI, n° 432.

(2) *V° Partage d'ascendant* nos 354 et suiv.



expresse qu'insèrent deux donateurs étrangers l'un à l'autre et produire les mêmes effets. Il faut que le droit de sanction appartienne à l'un et à l'autre des parents qui se sont faits codonateurs de leurs biens contre l'enfant qui se comporte mal à l'égard de l'un d'eux.

255. — Le motif qui fonde cette solution fait que le droit de révocation s'impose au conjoint de la victime sans qu'il ait le choix de l'exercer ou non ; la révocation opère d'office du chef des deux conjoints, quand bien même il serait manifeste que ceux-ci ne s'entendent pas à ce sujet, par exemple par suite du divorce prononcé entre eux. L'ascendant qui n'est pas personnellement blessé par le grief allégué n'a le droit de demander la révocation que si son conjoint, véritable victime, la demande lui-même. Son droit de révocation apparaît ainsi comme accessoire à celui de son conjoint et comme soumis à son exercice. Il ne peut pas renoncer à la révocation de son chef personnel ; il ne peut que donner de nouveau les biens qui lui font retour s'il ne veut pas l'accepter. Il est donc préférable de dire le droit de révocation indivisible quand il s'ouvre pour un grief envers l'un des ascendants plutôt que né au profit des deux époux, puisqu'un seul en est maître.

256. — En est-il de même si le fait qui donne lieu à révocation survient après le décès d'un des époux, soit que le partage d'ascendant conjonctif ait été effectué par tous deux mais que l'un soit aujourd'hui décédé, soit qu'il n'ait été effectué que par le survivant ? Le descendant ne peut se rendre coupable ni d'une ingratitude qui suppose la vie de la victime (art. 955 du Code civil), ni d'une inexécution des charges aux dépens du prémourant puisque son décès les a toutes éteintes. Pour qui voudrait cependant envisager cette hypothèse toute théorique, la clause expresse prévoyant le cas est tout aussi licite dans ces circonstances que dans celles qui ont été précédemment examinées. L'acceptation contractuelle des descendants autorise toujours le survivant à demander la révocation de son chef personnel et à la faire prononcer pour la totalité du lot. Mais en l'absence de cette clause et hors le cas de stipulation formelle de solidarité même

après le décès d'un des donateurs, qui suppose la confection du partage d'ascendant conjonctif par les deux époux et non par le seul survivant, la solution de Fuzier-Herman ne peut plus être adoptée ici. Les règles de la révocation sont spéciales aux donations entre vifs et ne s'appliquent pas aux successions, pour lesquelles le Code a organisé l'indignité successorale. Quoique le partage d'ascendant conjonctif soit tout aussi indivisible après la mort d'un de ses auteurs que du vivant de tous deux, il est absolument impossible de soumettre aux règles des donations entre vifs la portion de biens qui, émanant du prémourant, n'est plus qu'un partage de succession ordinaire, pas plus que d'y soustraire la portion de biens émanant du survivant.

257. — D'après plusieurs arrêts (1), si un enfant attaque le partage d'ascendant conjonctif du chef du prédécédé avant le décès du survivant, il s'expose à une action en révocation de la part de ce dernier de la donation qu'il a consentie. Peut-on en déduire une application nouvelle d'un cas de révocation qui découle du caractère indivisible de l'acte juridique ? Ce n'est ni l'ingratitude au sens où l'entend la loi, ni l'inexécution d'une charge expresse. Est-ce la violation d'une charge tacite ? L'enfant aurait non seulement le devoir moral, mais l'obligation juridique stricte de ne pas attaquer, critiquer, ni refuser d'exécuter du vivant des ascendants donateurs la libéralité faite par eux tout en sa faveur. En acceptant le contrat de bienfaisance, il se serait engagé à ce que l'acte soit tel que l'ont voulu les donateurs au moins pendant leur vie, tant qu'il est une pure libéralité, du chef de l'un d'eux au moins, sans être pour le tout un partage de succession.

Il ne semble guère possible de l'admettre ; c'est supposer l'intention des parties que d'inférer que la conjonctivité équivaut à l'insertion de la condition tacite et implicite que l'enfant ne pourra faire valoir le grief contre l'acte qu'après le décès de l'un et de l'autre des ascendants donateurs. D'autre part, pour qu'une charge conditionnelle fasse naître le droit

(1) Civ., 19 décembre 1859, D. P., 59, 1, 494. S., 60, 1, 423, Aff. Lasserre contre Régimbeau. Toulouse, 22 mai 1863. D. P., 63, 2, 78, Aff. Daran contre de Boutter. Saint-Quentin, Trib. civ., 19 août 1864. D. P., 67, 1, 110. S., 67, 1, 60. Aff. Gladioux.

de révocation par son inexécution, il faut qu'elle soit au moins certaine, de sorte que l'enfant sache à quoi il s'expose et qu'on ne puisse demander la révocation contre lui pour violation d'une condition qu'il ne soupçonnait pas.

Cette possibilité de révocation particulière au partage d'ascendant conjonctif, quoique très souhaitable, ne paraît donc pas très sérieusement fondée en droit. Les arrêts se contentent de la constater dans leurs motifs sans en indiquer de fondement juridique. Ce n'est de leur part qu'une considération morale pour motiver par renforcement leurs décisions. Un tribunal hésiterait à accueillir une demande en révocation d'un partage d'ascendant conjonctif formée par le survivant et fondée principalement sur la violation par un descendant de cette pseudo-obligation juridique, car il ne faut pas étendre abusivement ni à la légère les cas de révocation que la loi a pris la peine d'énumérer formellement.

258. — Toute autre est la solution si l'acte instrumentaire indique expressément le caractère conjonctif et l'indivisibilité qui en résulte comme une condition essentielle de la libéralité des ascendants, clause conseillée comme critère de la conjonctivité (n° 67 *supra*). Il y a alors inexécution d'une charge conditionnelle expresse dans le fait d'exercer en présence du survivant une action fondée du chef du prémourant qui tend à aller à l'encontre de l'indivisibilité conjonctive, quand du moins l'ordre public n'est pas intéressé à la recevabilité immédiate de l'action.

## SECTION II

### *Portée de la révocation et du droit de retour*

259. — Quand le partage d'ascendant conjonctif émane des deux époux, la réussite de l'action en révocation de leur chef ou du chef de l'un d'eux fait revenir entre leurs mains le lot entier du donataire, et le droit de retour, légal ou conventionnel, fait revenir entre leurs mains tout ce qui se retrouve en nature comme provenant de la libéralité dans le lot du donataire mort sans postérité du vivant des deux époux. La seule question se pose de savoir en quelle qualité les biens revien-

nent aux ascendants donateurs, ce qui est du domaine de la troisième section.

Quand l'opération émane d'un seul ascendant ou quand un seul ascendant bénéficie de la succession anormale ou du droit de retour conventionnel ou exerce, mais après le décès de son conjoint, le droit de révocation, il s'agit de savoir s'il reprend le lot entier du donataire ou la totalité des biens qui s'y retrouvent en nature, et sinon quelle quotité.

Si une clause de l'acte le prévoit et qu'elle soit valable, il n'est que de l'appliquer.

### § I. — Validité de la clause prévoyant le cas

260. — La succession anormale est ici hors de sujet, puisque si les parties modifient ses limites strictement tracées par la loi, le retour n'est plus légal, mais conventionnel.

La clause stipulant la reprise intégrale d'un lot ou de tout ce qui s'y retrouve en nature au profit d'un seul ascendant est radicalement nulle lorsqu'elle est contenue dans le partage d'ascendant conjonctif effectué par les deux époux. Le bénéficiaire unique ne tient pas la portion supérieure à son émolument personnel du lot qu'il reprend du donataire mourant sans postérité ; de la part de ce dernier, une telle stipulation passée dans un acte entre vifs sur une partie de sa succession future constituerait une institution contractuelle prohibée. Il ne la tient pas non plus du futur défendeur en révocation, chez qui toute intention libérale est certainement absente. Ce n'est nécessairement que du conjoint stipulant avec lui, et par un geste qui ne saurait s'analyser autrement qu'en une libéralité. Or, lors de la passation de l'acte, nul ne sait lequel des ascendants donateurs sera victime d'inexécution d'une charge ou d'ingratitude de la part d'un donataire, non plus que lequel survivra de manière à être seul à profiter du droit de retour en cas de décès d'un donataire sans postérité. Cette ignorance forcée postule la réciprocité : chaque époux stipule à la fois comme étant le bénéficiaire éventuel, et comme étant son conjoint. L'opération s'analyse inévitablement comme une libéralité mutuelle entre époux pendant le mariage contenue dans un seul et même acte, formellement prohibée par l'article 1097 du Code civil. La nullité est iné-



vable, car la reprise du lot entier doit être consentie par les donataires dans le partage d'ascendant conjonctif lui-même, donc dans un même acte de la part de l'un et de l'autre des conjoints. Cette clause seule est nulle, sans répercussion sur la validité du partage d'ascendant conjonctif. Aux termes de l'article 900 du Code civil, elle n'est que réputée non écrite. Cependant, l'acte serait nul en entier s'il était révélé par les circonstances que cette clause conditionne la libéralité elle-même, qu'elle en est la cause impulsive et déterminante. Quant au droit soit de révocation, soit de retour, il ne s'en exerce pas moins conformément au droit commun, car les parties ne peuvent en insérant une modalité nulle se priver d'un véritable droit de succession, et à plus forte raison se mettre à l'abri de la révocation des donations.

261. — Insérée dans un partage d'ascendant conjonctif fait par un seul ascendant, la clause de reprise intégrale ne constitue plus une libéralité entre époux.

Pour le droit de révocation, elle est d'une validité certaine si elle est acceptée par toutes les parties majeures et capables. La convention fait la loi des parties si elle n'est pas contraire à une loi d'ordre public (1). Il faut pourtant un ancien propriétaire pour reprendre les biens ; à quel titre l'ascendant reprend-il ceux de son conjoint dont il n'a jamais eu la propriété et ceux qui dépassent ses droits dans la communauté ? L'objection porterait en l'absence de convention, mais non lorsque les parties ont licitement décidé qu'il en serait néanmoins ainsi. Pour les descendants, ils ont consenti, chacun pris comme révoqué éventuel, à abandonner à titre de peine l'émolument entier qu'ils recueillent par le partage d'ascendant conjonctif, que ce soit à titre de véritable libéralité, de libéralité sur la chose d'autrui, ou de simple partage d'effets qui leur appartiennent déjà dans l'indivision : qu'importe à l'effet de ce contrat licite que le révoquant n'ait pas été propriétaire à l'origine ? Et pour ce dernier, c'est un enrichissement aléatoire qu'il a le droit de stipuler comme ne violant pas l'ordre public, une clause pénale qui arbitre, sous forme d'accroissement de sa révocation éventuelle, en étendue, les

(1) Aff. Daissou, Bordeaux, 16 mai 1870. D. P., 71, 2, 247. S., 74, 2, 89.

dommages-intérêts qui lui seront dus par l'inexécution du contrat de donation-partage.

262. — La perte de son lot par le révoqué n'est en un sens que temporaire, puisqu'il n'est pas privé de ses droits à la succession de son ascendant révocant. Mais il ne reprend pas pour lui seul l'intégralité de son ancien lot dans cette succession. Il le partage également avec ses cohéritiers. En l'absence d'une stipulation précise, quiconque rentre en possession d'un bien est censé le reprendre libre de toute charge et à titre de propriétaire ; le révocant est donc présumé avoir la pleine propriété du lot plutôt qu'une simple jouissance viagère. Par contre l'enfant n'a le droit de consentir la perte de sa réserve dans une succession à lui délivrée anticipativement par un partage d'ascendant qu'autant qu'elle est ouverte ; il n'a pas celui de renoncer sous condition à sa réserve dans la succession du révocant tant que celui-ci est en vie, ce qui est l'hypothèse ; il ne le peut que pour sa réserve dans la succession du conjoint de l'auteur de l'acte, s'il est décédé. Cette seconde considération limite l'effet de la première et fait que le donataire révoqué partage son ancien lot avec tous ses cohéritiers, mais sans que sa part soit inférieure au montant de sa réserve, dans la seule succession du *de cujus* si l'auteur unique du partage d'ascendant conjonctif est le survivant, ou, s'il est le mari du vivant de sa femme, dans les deux successions.

263. — Pour le retour conventionnel, l'article 951-2° du Code civil ne permet de le stipuler *qu'au profit du donateur seul*, ce qui implique non seulement cette conséquence littérale que la convention ne saurait en faire bénéficier un tiers non donateur, mais cette autre qu'elle ne peut faire porter le retour que sur les biens qui sont véritablement *donnés*. La clause de reprise intégrale d'un lot par voie de retour est donc inopérante quand l'opération émane d'un seul auteur, soit que le conjoint n'y ait pas participé, soit qu'il ait été mort lors de l'acte. Telle est la solution rigoureusement logique. La portion qui n'appartient pas personnellement à l'auteur du partage d'ascendant conjonctif dans le lot de l'enfant mort sans postérité n'est sujette à aucun droit de retour, en dépit de toute stipulation.

264. — Cependant le partage d'ascendant conjonctif passé valablement par le mari seul du consentement tacite de son épouse, mais sans qu'elle y intervienne, doit en tout bon sens faire exception ; la clause de retour intégral d'un lot doit y produire effet. L'ascendante n'est-elle pas alors la véritable donatrice ? N'est-ce pas d'elle qu'émane l'intention libérale quand elle laisse donner sa fortune sans s'y opposer ? On sait que l'ascendant fait un pacte sur succession future prohibé en renonçant d'avance au droit de retour, comme à toute succession. Comment pourrait-il y renoncer licitement en laissant donner ses effets personnels par un autre qui ne bénéficiera pas de la succession anormale ? Enfin, comment expliquer que la femme en ne paraissant pas à l'acte fasse un abandon plus complet qu'en y paraissant comme donatrice expresse, puisqu'elle serait privée dans le premier cas du droit de retour qui lui compète dans le second nécessairement ?

## § II. — Interprétation du partage d'ascendant conjonctif

265. — Une première interprétation (1) certainement inadmissible décide que le survivant des époux reprend sur sa demande en révocation le lot entier du donataire. C'est confondre l'indivisibilité de l'acte qui résulte de la conjonctivité avec celle qui pourrait résulter de la solidarité des donateurs. Ce résultat est impossible en dépit de l'indivisibilité qui découle de la conjonctivité, parce que cette dernière n'a pas pour effet dans l'intervalle qui sépare les deux décès d'empêcher que la transformation de l'acte de pure libéralité en simple partage soit partielle, mais de substituer la fiction conjonctive à l'origine en nature des biens pour délimiter les domaines respectifs de la donation et du partage (cf. n° 256 *supra*). En l'absence d'une stipulation formelle de cette solidarité, il est impossible de considérer dans l'intervalle des deux décès le partage d'ascendant conjonctif comme étant en entier une pure libéralité, pour soumettre intégralement un lot à la révocation, spéciale aux donations entre vifs, pas plus

(1) Aff. Laubier contre Féron, Bordeaux, 5 juin 1850. D. P., 52, 2, 132. Pand., 52, 1, 449.

qu'il ne serait possible de le considérer en entier comme un simple partage de succession. Ce qui s'applique à plus forte raison au droit de retour, puisque le fait par un ascendant de consentir une donation conjointement avec un autre ascendant, que leur acte commun ait ou non le caractère conjonctif, est absolument impuissant, en dehors d'une stipulation expresse, à augmenter son droit de succession anormale ou son droit à réversion (art. 951-2<sup>o</sup> du Code civil) de manière à les faire porter sur plus que son émolument libéral personnel.

266. — De toute manière, *la reprise d'un lot du partage d'ascendant conjonctif ne peut pas être intégrale*. Il s'agit alors de savoir comment délimiter en valeur et en nature la portion de ce lot qui doit être sujette à la reprise.

Trois théories sont en présence .

La première est celle de l'administration de l'Enregistrement, soutenue en matière civile par deux arrêts (1). L'ascendant qui exerce seul, après partage d'ascendant conjonctif, la révocation, le droit de retour conventionnel ou légal, reprend tous les biens lui ayant appartenu personnellement avant l'acte qui composent le lot du donataire révoqué ou se retrouvent en nature dans la succession du donataire mort sans postérité, mais ne reprend jamais que ceux-là. La cour d'Angers a rejeté une demande qui tendait à ce qu'une portion des biens paternels, égale à la part qu'aurait dû recevoir le donataire mort sans postérité dans la succession de sa mère, soit subrogée à cette part et soustraite au retour conventionnel exercé par le père survivant. C'est méconnaître totalement la notion de conjonctivité pour ne tenir compte que de la provenance paternelle ou maternelle des biens en nature quand il y a lieu d'apprécier l'acte en tant que donation (2). Ce système s'appuie sur trois arguments. Aucun texte n'autorise une telle subrogation ; en outre, d'après l'effet déclaratif du partage, le descendant est censé avoir succédé seul et immédiatement aux biens mis en son lot, quelles que fussent être les participations respectives des deux ascendants donateurs. Enfin, l'article 747 du Code civil parle en termes exprès des objets donnés qui

(1) Angers, aff. Ravé contre Gaignard, 13 mars 1867. D. P., 67, 2, 214. Nîmes, aff. Théraud, 24 octobre 1888, S., 89, 2, 13.

(2) Théorie de M. Chauvin. Thèse, Poitiers, 1910, repoussée aux nos 82 et 83.



*se retrouvent en nature dans la succession*, d'où il résulte que ce n'est pas l'étendue de la libéralité, personnellement faite par le bénéficiaire du retour, que la loi considère, mais le fait qu'une partie de la donation se retrouve encore en nature entre les mains du donataire ; si la loi imprime au retour légal un caractère essentiellement aléatoire suivant que les objets donnés se retrouvent ou non en nature dans la succession, il n'est pas étonnant qu'elle le lui imprime aussi suivant la composition en biens paternels et en biens maternels de celui des lots qui est sujet au retour.

Ce dernier argument ne porte que pour le retour et non pour la révocation dépourvue de tout caractère aléatoire. D'autre part, il est inexact de parler ici de l'effet déclaratif du partage qui ne se produit pas dans les rapports entre les copartageants et les tiers autres que les ayants cause (1) ; il ne saurait transformer juridiquement en une libéralité du père seul l'acte par lequel l'enfant obtient tous les biens du père moyennant l'abandon de ses droits dans la succession de la mère. Enfin, à supposer la reprise du vivant des deux époux : si le lot n'a été composé que de biens paternels, la mère voit son mari le reprendre en entier sans rien recevoir elle-même, alors que manifestement elle a contribué comme lui au partage d'ascendant conjonctif. Ce n'est plus un aléa, comme pour le survivant qui reprend la presque totalité ou une portion infime d'un lot suivant sa composition, mais une injustice flagrante. Nul ne conteste que le survivant puisse demander la révocation contre le descendant dont le lot n'est composé que de biens du prémourant ; on en donne ce motif que l'opinion contraire aurait l'inconvénient d'assurer l'impunité à ce dernier descendant et d'enlever contre lui toute sanction au donateur en cas de refus d'exécution (2). A ce motif de pur fait, nous ajouterons cet autre qu'une partie des biens du prémourant qui composent en totalité ce lot représentent une valeur égale remplie dans un autre lot par des biens du survivant qui y sont mis au delà de la contribution personnelle de ce dernier. Pourquoi distinguer entre les différents cas ? Cette opinion est donc inadmissible.

(1) Ainsi que le font remarquer à ce sujet précisément Baudry-Lacantinerie et Wahl, Des successions, t. I, 3<sup>e</sup> édit., n° 705.

(2) Génétrier, p. 563, n° 17.

267. — Une seconde théorie ne permet à l'époux qui profite seul de la reprise après partage d'ascendant conjonctif de reprendre que la moitié du lot composé pour la totalité de ses biens personnels, sans rien reprendre dans celui qui ne comprend que des effets du conjoint (1). Elle ne s'explique pas sur le cas plus courant en pratique, où le lot n'est pas fourni exclusivement par un des ascendants, mais seulement en majorité par lui et pour le surplus dans une proportion bien inférieure par l'autre. Elle s'appuie, en raisonnant sur le retour, sur un principe parfaitement exact, unanimement admis en Doctrine et en Jurisprudence. Dans ce que l'ascendant, bénéficiaire actuel de la reprise, attribue sur ses biens personnels à un donataire, la portion supérieure aux droits de ce donataire dans la succession de cet ascendant n'est recueillie par lui qu'à titre quasi-onéreux par la perte de ses droits dans la succession de l'autre époux distribuée par le même acte ; il n'y a pas eu acte à titre gratuit pour cette portion. Or, droit de retour et révocation ne jouent que pour ce qui est véritablement une libéralité dans les actes qualifiés donation (2).

En parlant de moitié, on veut sans doute désigner seulement par un exemple les contributions respectives des deux époux, et non fixer une délimitation arbitraire que rien ne justifierait. C'est en ce sens que statuent les deux décisions citées à l'appui (3) ; l'une précise formellement que le retour du survivant ne porte que sur une fraction du lot proportionnelle à la fraction de la masse partagée qui était représentée par les biens de cet ascendant ; l'autre déclare la liquidation et le partage de la communauté préliminaire indispensable de l'exercice du droit de retour par le survivant ; c'est donc que ce dernier n'a droit qu'à son émolument effectif dans le lot du donataire et non à la moitié de toutes manières.

268. — Ainsi précisée, cette théorie est juste en une de ses propositions, mais boiteuse en ce qu'elle refuse à l'ascendant bénéficiaire unique de la reprise tout droit en présence d'un

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. et loc. cit.*

(2) Angers, 3 mai 1871. D. P., 71, 2, 203. S., 71, 2, 243. Aff. Gasse.

(3) Angers, Aff. Gasse précitée. Angers, 18 décembre 1878. D. P., 79, 2, 172 Aff. Guyard.

lot composé exclusivement d'effets de son conjoint. Si on limite le droit d'un ascendant lorsque le lot sujet à reprise est composé de ses biens pour une quantité supérieure à son émolument libéral effectif, il faut en toute équité lui accorder l'avantage inverse ; lorsque le lot comprend des biens du bénéficiaire de la reprise pour une quotité inférieure à sa participation proportionnelle, il reprend une valeur suffisante pour équivaloir à cette participation proportionnelle, dût-il à cette fin reprendre des effets dont il n'était pas propriétaire à l'origine. Cette solution a le mérite d'établir parfaite concordance de droit dans les deux cas opposés pour l'ascendant bénéficiaire unique de la reprise, et de supprimer pour lui tout aléa suivant la composition effective des divers lots. Elle est de toute justice puisque l'intention libérale de l'ascendant est identique envers tous les donataires du même degré. D'autre part, elle applique seule à l'espèce les principes dégagés sur la notion de conjonctivité. Ici comme partout, le caractère conjonctif doit avoir pour but et pour effet de substituer à ce principe, suivi en matière de partages anticipés accolés en la forme et distincts au fond, que *les rapports de donateur à donataire existent entre le père et un descendant sur les seuls biens paternels mis en son lot et sur eux tous*, cet autre principe que *les mêmes rapports existent entre le père et un descendant sur une quotité de biens égale à la participation du père à l'acte envisagé comme libéralité, sans distinction de leur origine paternelle ou maternelle*. L'abstraction de provenance et la fiction conjonctive doivent logiquement s'appliquer à la révocation du partage d'ascendant conjonctif, à la succession anormale et au droit de réversion.

269. — On oppose à la théorie ainsi complétée et rectifiée qu'accorder au bénéficiaire unique de la reprise, quelle que soit la composition du lot qui en est l'objet, une fraction de ce lot toujours proportionnelle à sa contribution respective à la formation de la masse de partage, c'est supposer une fiction de subrogation réelle que rien ne légitime. En vertu de quel principe peut-on faire porter le droit de retour sur des biens qui ne proviennent pas de l'ascendant bénéficiaire en présence des termes formels de l'article 747 du Code civil : *Lorsque les objets donnés se retrouvent en nature dans la suc-*

cession... ? On la combat surtout à propos d'un arrêt où elle est maladroitement exposée (1) et dont voici le passage intéressant : « En donnant conjointement leurs immeubles, et « en ayant pris soin de stipuler que cette donation était faite « sans distinction d'origine des biens, les père et mère ont en- « tendu, non pas gratifier leurs enfants de tels ou tels immeu- « bles, mais constituer une masse commune dans laquelle leurs « patrimoines respectifs demeureraient confondus ; que leur « intention à cet égard est tellement évidente que contraire- « ment à l'usage l'acte est entièrement muet sur l'origine de « propriété des divers immeubles compris dans la donation, « d'où la conséquence que chacun des donateurs doit être « considéré comme ayant fourni la moitié de tous les biens « faisant l'objet de la donation... Leurs déclarations et leurs « accords avaient uniquement pour résultat d'indiquer en fait « qu'ils avaient contribué chacun pour une égale part à la for- « mation de la masse à partager, ou plus exactement que les « biens apportés par l'un et par l'autre dans cette masse étaient « estimés par eux à une égale valeur... » On voit quelle erreur grossière est commise (2), qui supprime d'une façon simpliste la fiction conjonctive. L'arrêt ne suppose pas pour les facilités d'un raisonnement ou d'un exemple que les contributions respectives des époux à la formation de la masse de partage sont égales ; il en fait un principe fondamental qu'il déduit nécessairement du caractère conjonctif : chacun est toujours donateur de moitié de chaque bien compris à l'acte, sans qu'il y ait lieu de rechercher les valeurs apportées par lui et par son conjoint à la libéralité globale, et c'est cette moitié de tous les lots qu'il doit reprendre.

Nous soutenons au contraire que *chaque descendant peut et doit reprendre une quotité de chaque lot rigoureusement proportionnelle à celle de la masse de partage que constituent ses biens personnels, jamais rien que cette quotité et toujours toute cette quotité*. Cela n'exige aucune fiction de subrogation réelle. Il ne s'agit pas de rendre paternel un bien maternel et réciproquement, mais de régler sur la mesure exacte de la qualité de donateur l'étendue des droits attachés par la loi à cette

(1) Montpellier, aff. Vialles, 19 novembre 1897. S., 99, 2, 110.

(2) Erreur déjà réfutée au n° 76.



qualité. Celle-ci est égale pour le même époux dans tous les lots parce qu'y est égale son intention libérale ; c'est fausser l'esprit de la loi, sous prétexte de respecter sa lettre, que de voir la libéralité dans l'attribution matérielle d'un objet appartenant à l'un des donateurs et non dans cette disposition de l'esprit et du cœur de consentir un abandon gratuit. L'argument tiré du texte de l'article 747 du Code civil pour un des trois cas de reprise d'un lot se retourne lui-même contre ceux qui l'invoquent, si les objets donnés sont indivis entre les donateurs : par qui a été *donné* au sens strict l'immeuble dépendant de la communauté acceptée par la femme ? On est bien obligé de prendre uniquement en considération les droits que possèdent les donateurs sur cet immeuble qui n'a été mis au lot du donataire ni du chef du père seul ni du chef de la mère seule, et de décider qu'il a été *donné* par chacun pour une part correspondant à ses droits dans la communauté. L'abstraction de la provenance réelle est conciliable avec l'article 747 pour l'objet indivis ; elle doit l'être pour l'objet dont l'attribution gratuite est sans rapport avec la provenance réelle.

L'application de la fiction conjonctive à la succession anormale et au droit de réversion se concilie parfaitement avec l'esprit de l'article 747 du Code civil sinon avec sa lettre étroitement interprétée.

270. — L'option de la femme en faisant varier la contribution personnelle respective des époux modifie par contre-coup l'étendue et l'exercice des droits de révocation, de retour légal et de retour conventionnel. Le fait, par elle ou ses héritiers en exerçant les droits qui lui compétent en tant que donatrice, de se baser pour leur étendue en quotité sur la contribution qui serait la sienne en cas d'acceptation entraîne acceptation tacite irrévocable. Mais il n'en est ainsi qu'après dissolution de la communauté et non au cours de celle-ci. Supposons la communauté dissoute, sans que la femme ait encore pris parti. La faculté d'option est ouverte. Il y a lieu d'exercer un des droits qui nous occupent. Le mari a participé au partage d'ascendant conjonctif pour 1.000, la communauté pour 2.000 et la femme pour 2.000. Si celle-ci revendique les  $\frac{3}{5}$  du lot, elle accepte tacitement la communauté, puis-

qu'elle reconnaît avoir contribué à la formation de la masse de partage pour la moitié de la communauté ; si elle ne revendique que les  $\frac{2}{5}$ , elle ne renonce pas de ce fait, car la renonciation tacite est impossible, mais elle conserve son entière liberté d'option. De même, si c'est le mari qui révoque et que la femme ou ses héritiers avant d'avoir pris parti quant à la communauté ne lui permettent de révoquer que pour les  $\frac{2}{5}$ , ils acceptent tacitement la communauté. Il peut arriver que la femme ait exercé au cours de la communauté quelqu'un de ces droits et qu'à la dissolution elle prenne un parti non conforme à l'étendue qu'elle lui a donné : ainsi, lors de la révocation, elle a repris les  $\frac{3}{5}$  d'un lot, et plus tard elle répudie la communauté. Elle conserverait indûment le cinquième auquel elle n'a droit qu'en se supposant commune ; il y a lieu à rétablissement. Ce rétablissement n'est pas une récompense ni à la communauté ni au mari, parce que ce n'est pas à leurs dépens qu'elle s'est enrichie, mais en vertu d'un titre qui lui était propre en tant que femme commune et qu'elle perd par sa répudiation. C'est donc à ceux entre les mains de qui ce cinquième litigieux se trouverait si elle exerçait son droit aujourd'hui seulement qu'elle est renonçante, qu'elle doit tenir compte de la différence entre l'étendue de son droit comme acceptante et cette étendue comme renonçante ; au mari si c'est avec lui qu'elle était en concours : si, par exemple, ils ont révoqué de concert la donation ; car c'est alors le mari qui aurait pris le cinquième supplémentaire. Et au donataire ou à ses héritiers dans le cas contraire.

271. — Reste à choisir ceux des biens qui doivent en nature être séparés du lot pour être attribués à l'ascendant. On sait que la fiction conjonctive ne détermine qu'une quotité en valeur dans chaque lot. Le droit de retour ou de révocation requiert la transformation de cette quotité en valeur en une quotité en nature. On distinguera suivant que les propres de l'ascendant bénéficiaire de la reprise composent le lot envisagé dans une proportion supérieure ou inférieure à la fiction conjonctive. Dans le premier cas, nous croyons nécessaire, en présence du texte de l'article 747 du Code civil, de les séparer tous de la succession du donataire pour les attri-

buer tous à l'ascendant à titre de succession anormale ; mais à charge par ce dernier de rétablir ses droits exacts en versant une soulte à la succession de son descendant. Ce système sera dès lors également suivi pour le retour conventionnel et pour la révocation, où il n'y a pas lieu de procéder différemment.

Dans le cas contraire, on prendra d'abord tous les propres du bénéficiaire, puis jusqu'à due concurrence les effets de la communauté indistinctement, puisque par le partage de celle-ci ils auraient pu appartenir à l'un ou à l'autre des époux ; quant aux propres du conjoint, il ne semble guère que l'ascendant puisse les reprendre en nature ; pour parfaire ses droits de reprise, le révoqué ou la succession du donataire mort sans postérité lui verseront une soulte en argent pour le surplus de la fiction conjonctive.

Si la communauté a été répudiée par la femme, les effets communs sont assimilés à des propres du mari.

272. — On ne peut que conseiller aux ascendants, lorsqu'ils passent leur partage d'ascendant conjonctif, de prévoir en termes exprès et précis les conséquences de la conjonctivité que nous venons d'appliquer à la révocation et au retour conventionnel. La stipulation que celui d'entre eux qui bénéficiera seul de la reprise prélèvera quelle que soit la composition matérielle du lot une fraction proportionnelle en valeur à la contribution de cet ascendant à la formation de la masse de partage est toujours valable puisqu'elle ne modifie en rien les droits respectifs des deux époux et se contente de les établir par une convention certaine. Il n'est pour elle question ni de la nullité de l'article 1097 du Code civil ni de celle de l'article 951-2° comme pour la clause de reprise intégrale d'un lot par un seul. De cette manière, l'intention précise et licite des parties formellement exprimée n'admettra aucune discussion, le jour où surviendra la révocation, ou le retour conventionnel, ou la succession anormale.

### SECTION III

#### *Qualité des biens objets de la reprise*

273. — Si la reprise ne joue qu'au profit d'un seul ascendant, tous les biens qu'il recueille ont entre ses mains la qualité de

biens personnels à lui, sauf à tomber en communauté, si celle-ci dure encore et si telle est leur nature : les meubles pour la succession anormale, puisque l'émolument mobilier d'une succession devient commun aux termes de l'article 1401-1° du Code civil. La question de la qualité des biens ne se pose que dans le cas où la reprise joue du vivant ou au profit des deux ascendants donateurs. Il y a lieu de distinguer entre le retour légal, qui opère comme un véritable droit de succession, et le retour conventionnel et la révocation qui opèrent tous deux comme une condition résolutoire, en vertu de laquelle donc les biens sont censés n'avoir jamais cessé d'appartenir à ceux à qui ils reviennent.

274. — Examinons d'abord la succession anormale s'ouvrant au profit des deux époux. Les biens ont perdu entre les mains du donataire leur caractère de propres ou de communs. Tous ceux qui se retrouvent en nature comme provenant de la donation-partage reviennent sans exception aux ascendants. Suivant les règles ordinaires du régime de communauté, tous les meubles qui sont l'objet du retour tombent en communauté quels qu'aient été leurs caractères originaires de propres ou de communs. Quant aux immeubles, d'après l'opinion dominante (1), chacun, quelle que soit son ancienne qualité, est propre à chaque époux par indivis ; car les successions anormales s'ouvrant au profit de donateurs conjoints restent essentiellement distinctes entre elles comme elles le sont de la succession ordinaire (2) et ne constituent pas une succession commune aux époux, cas où l'immeuble en dépendant tomberait en communauté, d'après certains. Pour départager les valeurs respectives pour lesquelles chaque immeuble est propre à l'un et à l'autre, il faut appliquer la fiction conjonctive. L'immeuble qui fait retour légal aux deux conjoints est propre à chacun d'eux pour une quotité strictement proportionnelle à la contribution dans la masse de partage de l'ensemble de ses propres et de ses droits indivis dans la communauté. On pourrait objecter qu'il y a indirectement partage

(1) Dalloz, Nouv. C. C. annoté., article 1404, nos 63 et 64 et références y citées, notamment Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie, etc.

(2) Demolombe, t. XIII, nos 485 et 502. Aubry et Rau, 4<sup>e</sup> édition, t. VI, § 640 bis, page 722.



entre les époux des immeubles de la communauté au cours de celle-ci, puisque, au lieu d'y retomber, ils reviennent à chaque époux comme propres à lui. Cette conséquence, qui résulte d'un principe juridique inévitable, et non d'une combinaison imaginée par les parties, ne viole pas l'immutabilité des conventions matrimoniales.

275. — Le retour conventionnel et la révocation du partage d'ascendant conjonctif jouant comme une condition résolutoire, les biens qui étaient propres à chaque époux lui reviennent personnellement et comme propres, sans distinguer les meubles des immeubles, et les effets qui dépendaient de la communauté y retombent. La convention des parties ne peut pas empêcher ce résultat sans violer l'immutabilité des conventions matrimoniales, puisqu'il y aurait au cours de la communauté transformation d'un bien qui en dépend en propre d'un époux ou réciproquement par la seule volonté des conjoints.

276. — Une injustice choquante est dès lors inévitable, puisque dans un partage d'ascendant conjonctif les lots ne sont pas composés dans la même proportion non seulement de propres du mari et de propres de la femme, mais de propres des époux et de biens de communauté. Suivant que la révocation porte sur tel ou tel lot, le mari par exemple reprend l'intégralité des biens parce qu'ils lui étaient tous propres aux dépens de la femme et de la communauté, ou réciproquement. L'un est de toutes manières frustré par l'enrichissement de l'autre. Les principes qui président au caractère conjonctif demandent au contraire que la communauté ne reprenne qu'une quotité proportionnelle à ce qu'elle a fourni à la libéralité et la reprenne entière, et de même pour chaque époux quant à ses propres.

Aucun moyen n'existe d'empêcher cette injustice de se produire en fait et de durer autant que la communauté. Mais à la dissolution de celle-ci toute équité sera rétablie par le jeu des récompenses. L'enrichissement du mari, de la femme ou de la communauté aux dépens de l'un d'eux par le mécanisme inévitable de la révocation ou du retour conventionnel fonde une récompense à la charge de l'un au profit des deux autres

pour la différence qui sépare la fiction conjonctive à laquelle il a droit de la valeur de l'émolument effectif par lui recueilli.

Exemple :

Le mari participe au partage d'ascendant conjonctif en y apportant ses propres pour un sixième de la masse de partage ; la femme pour trois sixièmes et la communauté pour deux sixièmes. Le lot d'un donataire est sujet à la révocation ou au droit de réversion ; il ne se compose que d'un immeuble propre au mari dont la valeur est de 30.000 francs et d'un autre immeuble de communauté d'une valeur de 6.000 francs. L'un de ces immeubles fait retour au mari ; l'autre à la communauté. La femme ne reçoit rien et la communauté elle-même est frustrée. Lors de la dissolution, le mari est débiteur d'une double récompense : 18.000 à sa femme et 6.000 à la communauté. En effet, il a repris les  $\frac{5}{6}$  du lot, alors qu'il n'avait contribué à sa formation que pour  $\frac{1}{6}$  ; il doit tenir compte des  $\frac{4}{6}$  tant à la communauté qu'à la femme ; la communauté ayant reçu  $\frac{1}{6}$  sur les  $\frac{2}{6}$  auxquels elle a droit reçoit l'autre du mari ; et la femme reçoit du mari les  $\frac{3}{6}$  qui représentent sa participation juridique à la formation du lot repris.

277. — Une question un peu analogue se pose à propos du régime dotal. Si le lot repris contient des biens qui étaient dotaux entre les mains des conjoints, ces effets redevennent certainement dotaux, sans que ce soit contraire à l'interdiction d'augmenter la dot pendant le mariage, puisqu'il s'agit du jeu d'une condition résolutoire. Peu importe que cette fraction de biens dotaux soit supérieure à leur quotité proportionnelle comprise à la libéralité dans son ensemble : ici la fiction conjonctive se heurterait à une règle formelle du régime dotal. C'est le cas contraire qui nous intéresse : celui où le lot sujet à reprise ne comprend pas de biens dotaux, alors que le partage d'ascendant conjonctif en comprenait, ou n'en comprend que dans une proportion inférieure à la fiction conjonctive. Il résulte des principes de la conjonctivité se combinant avec ceux du régime dotal que les biens repris contiennent une valeur dotale incluse égale à la proportion pour laquelle les biens dotaux composaient la masse de partage.

278. — Il a toujours été supposé jusqu'ici que la succession anormale, le droit de réversion ou la révocation, s'ouvrant au profit des deux époux vivants, s'ouvriraient aussi durant leur communauté. Lorsque la dissolution de la communauté s'est produite depuis le partage d'ascendant conjonctif par le divorce, la séparation de corps ou la séparation de biens, rien n'est changé pour le retour légal, sauf que les meubles ne tombent plus en communauté et redeviennent propres à chaque époux ni plus ni moins que les immeubles, et qu'il y a lieu à partage immédiat. Rien n'est changé non plus en ce qui concerne les propres pour le retour conventionnel ou la révocation. La question se circonscrit aux anciens biens de communauté pour ces deux derniers cas de reprise. Il y a lieu d'une part à rétablissement immédiat, à une véritable *soulte* et non plus à une récompense, si chacune des trois masses, propres du mari, propres de la femme et ancienne communauté, répartie entre les conjoints, ne reprend pas en nature les biens objets du retour dans la même proportion que celle de leur contribution respective à l'ensemble de la libéralité. Il y a d'autre part lieu à supplément de partage de la communauté entre les ascendants pour les effets qui en dépendaient originellement et qui y retombent. C'est là un cas bizarre où des biens arrivent entre les mains des époux comme communs bien que la communauté soit dissoute, parce qu'en vertu d'une cause antérieure à la dissolution.

279. — Si l'un des ascendants renonce à la succession anormale qui lui est dévolue, sa part n'accroît pas celle de son conjoint, mais reste dans la succession du donataire mort sans postérité (1). Il en est de même pour le retour conventionnel ; la stipulation des parties qui le rendrait global et indivisible au profit des deux époux serait doublement nulle, comme disposition de la chose d'autrui, celle des héritiers du descendant donataire, et comme pacte sur succession future. Le seul procédé qui soit à la portée des ascendants est qu'après avoir accepté tous deux, l'un donne en forme régulière à l'autre sa part. Les héritiers du donataire mort sans postérité pourraient aussi consentir au conjoint acceptant l'abandon

(1) Dalloz, Nouv. C. C. annoté, art. 747, n<sup>os</sup> 55 et 56.

de la part du conjoint renonçant, mais c'est là une convention assez peu probable en fait.

En sens inverse, les ascendants ont licence, mais après seulement le décès du donataire, de renoncer à leur droit en faveur des frères et sœurs du défunt qui s'en partagent entre eux l'émolument. La convention établie d'avance constituerait un pacte sur succession future, prohibé. Cette manière de procéder a l'avantage, de la part du survivant, d'éviter la liquidation rétroactive de la communauté dissoute qui serait autrement indispensable pour déterminer la seule portion à laquelle il a droit (1), mais elle constitue une nouvelle donation-partage, soumise aux mêmes règles que le partage d'ascendant conjonctif originaire, et surtout à de nouveaux droits de transmission, puisque de nouveau les biens passent de l'ascendant aux descendants (2).

280.—Résumé. *L'ingratitude ou l'inexécution des charges contre l'un des époux personnellement donne ouverture à la révocation intégrale du lot du donataire si une clause le prévoit, s'il y a solidarité expresse, et, même en l'absence de clause, si la révocation a lieu du vivant des deux auteurs. La clause stipulant la reprise intégrale d'un lot par un seul époux est toujours nulle dans le partage d'ascendant conjonctif effectué par les deux conjoints. Elle est valable dans celui qui est réalisé par un seul pour la révocation, et dans celui qui est fait par le mari du vivant de la femme pour le retour conventionnel. Elle est inopérante pour le retour conventionnel dans l'acte du seul survivant.*

*Dans le mutisme de l'acte, la reprise d'un lot par un seul époux n'est jamais intégrale. Elle ne porte que sur une portion du lot conforme à la fiction conjonctive établissant l'exacte participation de l'ascendant à la libéralité.*

(1) Angers, 18 décembre 1878. D. P., 79, 2, 172. Aff. Guyard.

(2) Les droits de donation entre vifs sont même supérieurs dans deux cas à ceux qui ont été perçus sur le premier partage d'ascendant conjonctif : si la distribution a été faite entre trois enfants, elle a été soumise au droit de 2.50 % avec doubles décimes en sus. La nouvelle libéralité étant causée par la mort de l'un d'eux sans postérité, le droit perçu devient celui de 4.50 % applicable à la donation-partage entre deux enfants seulement. Et si la distribution a été faite originellement entre un enfant et les enfants de son frère défunt, le droit de 6.50 % est applicable à la seconde donation entre des petits-enfants nés d'un même enfant, au lieu du droit de 4.50 % perçu sur la première donation entre deux enfants vivants ou représentés.



*Si le lot repris l'est en entier par les deux époux, la qualité de propre ou d'effet commun pour les biens qui le composent est celle qu'ils avaient lors du partage d'ascendant conjonctif en cas de révocation ou de retour conventionnel, et elle dépend de leur nature mobilière ou immobilière en cas de retour légal.*

---

## TITRE II

### EFFETS DU PARTAGE D'ASCENDANT CONJONCTIF VIS-A-VIS DES DESCENDANTS

---

#### CHAPITRE PREMIER

##### Droit des donataires de demander la liquidation de la communauté

---

281. — On a vu (nos 245 à 250) que les ascendants ne perdent pas en principe par la confection du partage d'ascendant conjonctif au cours de leur communauté le droit de demander la liquidation de celle-ci et que la clause les privant de ce droit est nulle. Le partage d'ascendant conjonctif a pour seul effet de rendre en fait cette liquidation inutile, donc de supprimer l'intérêt judiciaire à la demander. Il en est de même pour les descendants en tant qu'ils sont leurs héritiers.

En l'absence de clause expresse d'abord, les donataires ne perdent tout intérêt à séparer par des opérations de compte les successions respectives jusqu'alors mêlées et dont ils sont indistinctement saisis que lorsqu'il y a confusion entre leurs mains des créances et des dettes réciproques des époux relatives aux biens donnés. Ne pouvant pas être mis d'avance en possession d'un reliquat qui ne se forme qu'après le partage d'ascendant conjonctif, les donataires ne renoncent pas implicitement à demander la liquidation de ce reliquat. Il va de soi cependant que leur droit de demander la liquidation sera vain si ce reliquat est nul, ou si aucune opération de

compte ni de rétablissement n'est à faire à son sujet et qu'il n'y ait lieu qu'à un partage en nature par moitié. En ce cas, faute d'intérêt, ils n'ont plus d'action. Mais on ne sera fixé qu'à la dissolution. L'acte entre vifs leur laisse un droit, qui ne pourra qu'être platonique plus tard. On leur opposera l'inutilité ou le manque d'intérêt. On ne saurait s'opposer à leur demande en vertu d'une renonciation tacite.

282. — Quant à la stipulation expresse, elle est nulle. Les donataires n'acquièrent le droit de demander la liquidation de la communauté que par le décès du prémourant des époux dont ils sont les héritiers. Si la communauté se dissout par une autre cause que le décès d'un conjoint, ce droit ne leur appartient pas, à moins qu'ils ne le retrouvent dans la succession du défunt qui ne l'a pas encore exercé. Tout descendant stipule donc sur un droit dépendant de la succession future du prémourant des ascendants et ne devant lui appartenir qu'à titre successif par l'ouverture de cette succession, chaque fois qu'il renonce anticipativement à la liquidation de la communauté avant la dissolution de celle-ci. Ce qui est nul d'ordre public et peut même entraîner la nullité entière du partage d'ascendant conjonctif s'il est prouvé que la clause en est la condition essentielle ou la cause impulsive et déterminante. A plus forte raison l'engagement des donataires de ne pas demander la liquidation ni le partage de la succession des ascendants donateurs est-il nul (1).

---

## CHAPITRE II

### Recevabilité des actions de l'art. 1079 du Code Civil

---

283. — Le point de départ des actions découlant de l'article 1079 du Code civil contre un partage d'ascendant conjonctif, celui de la prescription décennale de ces actions et

(1) Besançon, 10 mars 1897. S., 99, 2, 169, Aff. Billot, et note Wahl.

le moment à partir duquel une ratification est utile, efficace et opposable à son auteur ne font qu'une seule question et doivent recevoir une même solution. La chose est évidente pour le point de départ de l'action et celui de la prescription puisqu'il est incontesté qu'une action ne se prescrit qu'à compter du jour où elle peut être exercée. Elle ne l'est pas moins pour la ratification, qui requiert le droit d'agir chez son auteur pour lui être opposable comme fin de non-recevoir. Sinon elle est inopérante (1). On pourrait cependant croire le contraire à la lecture d'un arrêt ancien (2) d'après lequel la ratification intervenue entre le décès de l'ascendant prémourant et celui du survivant fait perdre l'action en rescision pour lésion contre le partage d'ascendant conjonctif ; en réalité cette décision ne signifie pas que la ratification et l'action sont soumises à des règles différentes ; elle considère l'action ouverte par le décès du prémourant, d'où elle tire cette conséquence logique que depuis ce décès la ratification est utile. Un revirement de la Jurisprudence s'étant produit sur le premier point, la solution n'est plus exacte en ce qui concerne la ratification. La ratification, l'action et la prescription puisent toutes trois leur base juridique dans le même fait : l'ouverture d'une succession, et dans la même qualité : celle d'héritier. Elles doivent subir toutes trois le même sort.

## SECTION I

### *Solution de principe*

284. — Il est aujourd'hui unanimement admis que le décès de l'ascendant donateur ouvre seul les actions que les descendants peuvent avoir à exercer contre le partage anticipé entre vifs. Les donataires n'ont jusqu'alors d'autres droits que ceux qu'a bien voulu leur donner l'ascendant lui-même, et ils n'ont aucun grief à faire valoir. C'est à partir de cette date seulement que l'action naît et se prescrit et qu'une ratification devient opposable comme fin de non-recevoir au demandeur.

(1) Notamment Agen, 1<sup>er</sup> juin 1864. D. P., 64, 2, 183. S., 64, 2, 330. Aff. Escabasse.

(2) Req., 18 août 1847. D. P., 47, 1, 366. Aff. Lefranc contre Leroux.



Il en résulte logiquement qu'en cas de dualité d'auteurs pour un partage anticipé indivisible comme étant conjonctif, l'impuissance des enfants d'agir se prolonge tant qu'un de ces auteurs est en vie. La distribution des biens constitue par définition et par hypothèse une œuvre unique ; il est impossible de séparer en fait, il est inéquitable de distinguer en droit la répartition de la succession paternelle et celle de la succession maternelle. Le sort de ce partage unique et indivisible, les critiques qu'on lui adresse, tout ce qui lui a trait doit être unique aussi, qu'il s'agisse d'une cause paternelle ou d'une cause maternelle. L'action ne saurait commencer à courir que d'une date unique pour l'ensemble. Et cette date unique est nécessairement le décès du survivant, qui seul rend l'opération un pur partage de succession pour le tout.

285. — Le fondement de cette unité de date est double : quant à la source de l'action et quant à son effet.

Quant à sa source d'abord. Si les deux successions étaient distinctement partagées, les actions contre chacune d'elles n'ayant aucun lien de connexité seraient complètement indépendantes dans leur recevabilité et leur prescriptibilité à partir de chaque décès. Ici, la répartition est unique. L'action ne peut avoir sa source que dans un grief relatif à l'ensemble du partage ou ne pas exister. Sans doute y a-t-il deux successions qui restent distinctes, mais l'action de l'article 1079 du Code civil n'est pas relative à ces successions elles-mêmes, mais à leur partage, qui est unique et indivisible (1). D'autre part, l'enfant qui se prétend lésé agit en qualité d'héritier ; c'est cette qualité seule qui fonde son action. Si la masse de partage est une et indivisible pour les successions de plusieurs individus dont l'enfant est héritier présomptif à la fois, il est dans l'impossibilité légale de quereller cette œuvre unique et inséparable dans ses éléments tant qu'il n'a pas la qualité d'héritier de tous les *de cujus* (2).

286. — L'unité est en outre postulée par l'effet de l'action.

(1) M<sup>e</sup> Kluyskens, article à la *Belgique Judiciaire*, 27 avril 1919, n<sup>o</sup> 17, col. 575.

(2) Argument amorcé par la cour de Rouen, Aff. Boillet contre Cossard, 14 mars 1864. D. P., 66, 1, 65.

L'enfant, n'étant pas fondé à se plaindre de la lésion sur la succession d'un des époux tant qu'il vit, doit réduire son action aux biens du conjoint défunt ; il faut alors scinder l'acte en deux, contrairement à son but et à son sens, détruire l'économie du partage d'ascendant conjonctif et aller à l'encontre de la conjonctivité qui est de permettre que chaque donataire reçoive sur les effets d'un ascendant le complément de ce qui lui manque sur ceux de l'autre. L'action vise en entier le partage unique et le fait tomber en entier si elle réussit. L'indépendance des actions est incompatible avec l'indivisibilité du partage qui ne permet pas que leur effet se limite au partage d'une seule succession et ne le fasse annuler que du chef d'un époux sans le faire annuler en même temps du chef de son conjoint. La répartition étant homogène, chaque lot, quoique équivalent aux autres en valeur, n'est pas composé de biens paternels et de biens maternels pour des portions semblables à celles des autres. Sans quoi l'opération, parfaitement divisible, ne serait pas conjonctive. Faire tomber le partage du chef d'un ascendant, c'est supprimer dans chaque lot ce qui vient effectivement de lui. L'acte ne peut subsister pour le surplus comme partage ; il révèle des inégalités telles d'un lot à l'autre qu'il ne constitue plus qu'un ensemble de débris et devra être rescindé aussi du chef du survivant (cf. nos 66 et 71 *supra*).

D'ailleurs le partage anticipé est une exception au principe d'ordre public qui interdit toute stipulation sur une succession future. On ne doit pas étendre cette exception hors des cas prévus. La loi se contredirait si elle autorisait un débat judiciaire sur la succession du survivant avant le décès de celui-ci. C'est à quoi aboutirait l'admission immédiate de l'action contre le partage indivisible des deux successions ; elle ouvrirait inévitablement un débat judiciaire sur les intérêts subordonnés à l'hoirie non ouverte. Il n'y a pas moyen de ne pas mettre en jeu le règlement anticipé de la succession du survivant. Il est de doctrine et de jurisprudence constantes, par exemple, que l'article 1130 du Code civil interdit la ratification du vivant de son auteur d'un partage anticipé nul. Le même article doit empêcher une instance en critique qui aboutira, si elle échoue, à la confirmation du partage d'ascendant conjonctif du

vivant d'un de ses auteurs (1). Il empêche tout au moins toute transaction, toute ratification, même du chef du prémourant, sur un partage qui ne peut être scindé ni envisagé partiellement ni en fait ni en droit. Une transaction envisage nécessairement la répartition dans son tout, même en ce qui concerne le survivant. Or, si la transaction est nulle et inopérante, c'est que le droit d'agir n'existe pas encore.

287. — La Jurisprudence et les auteurs, quand ils se prononcent pour ou contre la recevabilité de l'action en présence du survivant des époux, parlent assez vaguement de *biens paternels* et de *biens maternels* et recherchent si leur répartition est plus ou moins divisible. Ils semblent ne considérer que l'acte où sont confondus des propres, et n'envisagent jamais le partage de la communauté. Tous les arguments précédents ont une force plus grande pour interdire la recevabilité au décès du premier époux de l'action contre un partage d'ascendant conjonctif qui comprend des biens de communauté, puisque ces derniers composent aussi bien la succession de l'un que de l'autre des époux. Nécessairement l'action est dirigée contre le survivant et vise la répartition de sa succession, puisqu'elle doit préalablement aboutir à la liquidation et au partage de la communauté pour se limiter à la seule succession du prémourant. Et si aucune autre date que le décès du survivant n'est admissible pour la recevabilité de l'action contre le partage que rend indivisible la conjonctivité naturelle, pourquoi une autre le serait-elle si l'indivisibilité résulte de la conjonctivité artificielle, dont l'analyse et les effets sont identiques ?

288. — L'argument préféré des arrêts est une considération morale dont nul ne saurait mettre en doute la valeur. Les enfants doivent reconnaissance et respect aux ascendants qui se dépouillent avant l'heure à leur intention. Ils ont le devoir non seulement moral, mais rigoureux, juridiquement, de ne pas attaquer ni critiquer du vivant de l'un des donateurs un acte fait tout en leur faveur. L'action relative aux biens du prédécédé ne peut être instruite et jugée que contradictoirement avec le survivant, même si elle ne le vise pas

(1) Toulouse, 22 mai 1863. D. P., 63, 2, 78. Aff. Daran contre de Boutter.

personnellement. Pendant la vie d'un de ses auteurs et sous ses yeux, un enfant ne saurait être admis à attaquer la libéralité qu'il a reçue et à accuser ses parents d'injustice dans la distribution de leurs bienfaits. Il faut attendre qu'il n'y ait plus qu'un partage de succession pour le tout (1).

289. — A côté du partage d'ascendant conjonctif fait par les deux époux de concert et de celui qui est fait par le seul survivant, il y a celui qui est fait par le mari seul au cours de la communauté pour l'établissement des enfants communs. Si la femme meurt la première, son décès ne donne pas naissance aux actions, puisqu'il s'agit d'un partage indivisible dont une partie dispose à bon droit des biens d'un ascendant vivant encore. Si le mari meurt le premier et que sa veuve renonce, la disposition est dès à présent attaquable en tant même qu'elle porte sur les biens de communauté parce qu'alors l'ensemble des biens est réparti du chef du père seul à titre de partage de sa succession. Mais si la femme accepte la communauté, le partage d'ascendant conjonctif fait par le mari seul dans les limites de l'article 1422 du Code civil l'est au nom de la femme autant qu'en son nom personnel, à lui, auteur de l'acte (n° 219). Il règle anticipativement une partie de la succession de la femme, et comme il est indivisible il y a lieu d'attendre le décès de celle-ci. La prescription de l'action ne commence même à courir qu'à compter de l'exercice du droit d'option, et jamais à partir du décès de son mari, puisque c'est la renonciation seule qui permet d'agir dès avant le décès de la femme. Cependant ce cas sort du sujet de cette étude puisque la répudiation de la communauté fait perdre le caractère conjonctif au partage anticipé.

290. — Le critère pour reconnaître la divisibilité ou l'indivisibilité du partage anticipé fait par les deux époux ou le survivant sur les deux successions est semblable que pour connaître l'existence ou l'absence du caractère conjonctif (n° 64 à 70). Cependant en cas de doute, les tribunaux devront pencher tantôt dans un sens, tantôt dans l'autre. Si une action

(1) Bordeaux, 4 janvier 1827. D. P., 27, 2, 113, J. G., V° Dispos. entre vifs. n° 4651-1°, Aff. Ardouin. Civ., 19 décembre 1859. D. P., 59, 1, 494. S., 60, 1, 423, Aff. Régimbeau. Toulouse, 22 mai 1863, Aff. Daran, précitée. Saint-Quentin, 19 août 1864. D. P., 67, 1, 110. S., 67, 1, 60. Aff. Gladieux.



est exercée qu'on prétend prématurée, ils ne devront pas présumer trop facilement l'indivisibilité qui débouterait un demandeur de bonne foi. Si, au contraire, aucune action n'a été exercée pendant la vie du survivant et qu'ensuite une action soit intentée, à une époque où la prescription serait acquise depuis le décès du prémourant, les juges ne devront pas trop facilement décider qu'il y a divisibilité, déclarant ainsi forclos le demandeur. La prescription décennale est une véritable prescription et non un délai préfixe. Elle est basée sur la présomption d'une renonciation par le donataire ; on doit donc hésiter à l'appliquer si le donataire a cru de bonne foi, contrairement à la réalité, que son droit n'était pas encore ouvert, parce qu'alors il ne pouvait y renoncer. Evidemment on ne tient pas compte des croyances du demandeur de bonne foi pour décider s'il y a ou non conjonctivité, d'autant plus que les plaideurs se prétendent toujours de bonne foi, mais, s'il s'agit de trancher une question douteuse, la présomption s'exerce tantôt dans un sens tantôt dans l'autre.

291. — En résumé, si le père et la mère ont fait ensemble le partage de leurs successions confondues en une seule masse sans distinction d'origine, *l'action contre ce partage n'est recevable quels que soient les biens auxquels elle est relative, la prescription de cette action ne commence à courir et la ratification n'est utile qu'à partir du décès du survivant d'eux*. Et de même si le survivant a effectué le partage unique de sa fortune et de celle de son conjoint défunt confondues en une seule masse sans distinction d'origine.

Cette solution est aujourd'hui universellement admise en Doctrine et en Jurisprudence (1). Du reste le vœu de la conjonctivité est que, sauf texte de loi formel ou principe juridique certain contraires, on envisage toujours le partage anticipé dans son ensemble, en un seul tout et en une seule fois, sans le diviser ni le démembrer ni en fait ni en droit, pour recher-

(1) Demolombe, t. XXIII, n° 227. Réquier, traité théor. et prat. du partage d'ascendant, n° 240. Aubry et Rau, 4<sup>e</sup> édit., t. VIII, parag. 734, page 42. Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II, n°s 3723 et 3758. Lyon, 18 avril 1860. D. P., 61, 5, 338, Aff. Recorbet. Toulouse, 22 mai 1863, Aff. Daran, précitée. Bordeaux, 3 juin 1887. D. P., 88, 2, 125, Aff. Linares. Req., 2 janvier 1867. D. P., 67, 1, 110, Aff. Gladieux. Req., 16 novembre 1885. D. P., 86, 1, 395, Aff. Delon. Civ., 18 juin 1867. D. P. 67, 1, 274, aff. Boisset. Civ., 27 juillet 1874. D. P., 75, 1, 366, aff. Malbec.

cher quelle est la partie qui représente le partage des biens du prémourant et celle qui représente le partage des biens du survivant. Il doit donc y avoir une date unique et cette date ne peut être que le décès du survivant des époux (1).

## SECTION II

### *Examen critique*

292. — L'opinion contraire a cependant été longtemps soutenue, notamment par la cour d'Agen (2) et à l'heure actuelle elle n'a pas encore disparu (3). Elle ne nie pas l'indivisibilité du partage d'ascendant conjonctif, mais lui conteste tout effet juridique en ce qui concerne les actions de l'article 1079 du Code civil. Ces actions sont des actions de succession et comme telles doivent s'ouvrir au décès du *de cujus*, en dépit des modalités du partage anticipé. Dès la mort du prémourant, les droits héréditaires des enfants sont irrémédiablement acquis et fixés sur les biens qui composent sa succession ; la confusion de la répartition de cette dernière avec celle de la succession d'une personne vivante ne peut empêcher les actions qui lui sont relatives d'être recevables dès le décès du prémourant ou dès le jour de la passation de l'acte, suivant que le partage d'ascendant conjonctif émane des deux

(1) On a vu (n° 204) que le partage conjonctif des biens des deux époux même fait par deux testaments constitue une œuvre unique de répartition malgré que la prohibition des testaments conjonctifs posée par l'article 968 du Code civil soit une règle de fond. Chaque testament pris en lui-même est une œuvre entièrement distincte de l'autre testament à peine de nullité d'ordre public. Toutes les actions le concernant, non seulement celles qui ont trait à ses vices de forme, mais celles qui ont pour but de le critiquer au fond, ne s'ouvrent nécessairement que par le décès de son auteur. Mais le partage qui résulte de leur combinaison est unique et indivisible, quoique effectué par des actes distincts, ni plus ni moins que le partage qui résulte d'un acte entre vifs ou qui résulterait de deux donations-partages se reproduisant l'une l'autre. Les effets de l'indivisibilité du partage sont identiques. Pour que l'enfant puisse se plaindre d'une lésion, il faut le supposer mis en possession de son lot par le survivant. Ce lot indivisible comprend pour partie les droits de l'enfant dans la succession de son ascendant vivant, droits qui ne sont pas encore ouverts. Aucune lésion n'existe avant le décès du survivant. Les arguments tirés du respect dû aux ascendants, de l'interdiction de tout débat judiciaire sur des intérêts subordonnés à une succession non ouverte, du manque de la qualité d'héritier des deux auteurs, ont autant de force que pour le partage entre vifs.

(2) Agen, 17 novembre 1856. D. P., 56, 2, 297. Aff. Pujos. Agen, 1<sup>er</sup> juin 1858. D. P., 59, 1, 494, aff. Régimbeau.

(3) Devismes, thèse Paris 1900.

époux ou du seul survivant. Si on reconnaît un enfant fondé à faire annuler les dispositions de son auteur et à prétendre une part héréditaire différente de celle qui lui est attribuée, en vertu de quel principe peut-on empêcher cet enfant de réclamer ce droit dès le décès sous prétexte qu'une personne encore vivante s'est associée à ses dispositions ? « Mon père est mort ; il avait fait un partage nul tel que je suis autorisé à en demander un nouveau ; mais ma mère, qui n'est pas morte, est intervenue à ce partage ; mon droit ne se trouve exister que dans l'avenir et l'exercice en est suspendu jusqu'au décès de cette dernière (1) ? ? ? »

293. — Avant d'aborder la discussion, il est bon de remarquer que certains arrêts supposent trop souvent la question résolue dans le sens qu'ils veulent prouver. C'est ainsi qu'on prétend parfois que, si la prescription est acquise à partir du décès du prémourant quand réussit l'action pour lésion dans la succession du survivant, le partage des biens du prémourant est atteint indirectement, alors qu'on pouvait le considérer comme définitivement acquis par l'achèvement d'une prescription d'ordre public. Or, la prescription ne court et par conséquent ne consolide l'acte et ne le rend définitivement acquis qu'à partir du moment où l'action en critique est recevable, et c'est ce moment qu'il s'agit précisément de connaître. La Cour de cassation elle-même n'a pas échappé à ce tort de raisonner sur une pétition de principe. Par exemple, elle s'appuie (2) sur ce que, pour intenter l'action de l'article 1079 du Code civil, il faut connaître les forces des deux successions, d'où évidemment elle tire cette conséquence qu'on ne peut agir qu'après le décès de tous deux. Mais c'est une affirmation inexacte : pour intenter l'action du chef du seul prédécédé, il suffit, dans l'opinion qui prétend l'action recevable dès le décès du prémourant, de connaître les forces de sa succession propre, et pour ce faire, il n'est pas besoin d'attendre le décès de son conjoint. Nul n'a jamais prétendu qu'on pouvait agir dès le décès du prémourant, même pour attaquer le partage du chef du survivant ; c'est cependant à cela seulement que répond la Cour de cassation.

(1) Héan, article à la *Rev. Prat. de Droit français*, t. V, 1858, pages 560 à 568.

(2) Civ. 19 décembre 1859. D. P., 59, 1, 494. Aff. Régimbeau.

294. — Le premier argument invoqué en faveur de la recevabilité immédiate est cette affirmation qu'il est toujours facile malgré l'indivisibilité de la répartition globale de distinguer l'avoir du prémourant de celui du survivant. Rien n'empêche par conséquent les actions de naître et se prescrire séparément (1).

La valeur respective qui reste discernable dans un partage d'ascendant conjonctif est celle des contributions effectives de chaque époux à l'ensemble de la libéralité, mais non celle dans un lot donné de ce qui vient de l'un et de l'autre des époux. Or, l'action n'est pas intentée par tous les descendants mais par un seul et pour son seul lot, parce qu'il se prétend lésé par l'attribution qui lui est faite. La recevabilité de cette action exige, pour apprécier si elle est fondée, le discernement dans le lot du demandeur seul de ce qui vient du prémourant et de ce qui vient du survivant. Ce discernement est impossible en fait. Sinon il n'y aurait pas à recourir à une fiction pour l'établir en droit.

295. — L'inexécution des charges conditionnelles aux dépens du survivant des donateurs ne fonde celui-ci à demander la révocation que pour les biens qu'il a personnellement donnés. De même en cas de retour légal ou conventionnel. C'est donc que cet acte conjonctif n'est pas absolument indivisible et que les actions peuvent avoir des effets limités au seul partage des biens d'un conjoint.

L'opération n'est divisible qu'en tant que donation et totalement indivisible en tant que partage de succession. Et même en tant que donation, elle n'est divisible qu'en droit fictivement, non en fait, en ce sens que l'un des époux n'a pas le droit de reprendre en nature les biens mêmes qu'il a donnés, du moins définitivement, mais seulement leur valeur représentative dans un lot telle qu'elle résulte de sa contribution non pas à la formation en nature de ce lot, mais à l'ensemble de l'acte. Autre chose est la limitation fictive en valeur de la libéralité, indispensable pour qu'un ascendant ne s'enrichisse pas au dépens d'un descendant, autre chose est la séparation en fait du partage des successions. Celui-ci ne

(1) Agen, 17 novembre 1856. D. P., 56, 2, 297. Aff. Pujos précitée.



peut tomber relativement aux biens d'un époux sans tomber du même coup relativement aux biens de l'autre.

296. — Un troisième argument consiste à prétendre que l'action par laquelle un enfant réclame l'intégralité de ses droits dans une succession ne saurait être repoussée en se basant sur ce que l'infériorité des biens du prémourant dans son lot sera compensée lors du décès du survivant par la part supérieure reçue dans cette seconde succession ; il y a là un dédommagement qui n'est rien moins que certain.

Soutenir ce raisonnement est ne pas se rendre compte de la situation. Le demandeur a reçu un lot dans le partage d'ascendant conjonctif, puisque c'est ce lot qu'il prétend insuffisant. Si ce lot est inférieur à ses droits dans la seule succession ouverte, il n'est pas question de se baser sur un dédommagement à espérer dans la succession du survivant pour repousser son action. Et s'il est supérieur à ses droits dans la succession ouverte, bien qu'il le prétende inférieur à ses droits dans l'hoirie du survivant, il ne saurait s'agir ni de dédommagement ni de compensation tant que le survivant est en vie et que ses biens ne sont répartis qu'à titre purement libéral ; l'enfant ne peut se plaindre de l'inexistence à son égard ou de l'inégalité de la donation-partage tant qu'elle n'est qu'une libéralité à laquelle il n'a aucun droit. Ce n'est qu'au décès du second ascendant que la part du demandeur se révélera insuffisante. Elle ne l'aura jamais été si sa valeur est égale à ses droits dans les deux successions, encore qu'en nature elle comprenne une moindre portion des biens du prémourant. Prétendre le contraire, c'est contester la licéité de la conjonctivité même.

297. — L'argument capital est tiré des règles d'ordre public sur la réserve. L'article 1075 du Code civil lève bien pour les ascendants la prohibition de disposer de celle-ci en ce sens qu'il leur permet de la laisser divisée et partagée entre les enfants au lieu de la leur transmettre indivise ; mais il la maintient absolument indisponible entre les mains des ascendants et n'autorise pas plus ces derniers à en retarder la prise de possession qu'à en diminuer la quotité. Il ne dépend donc jamais des père et mère de priver un enfant du droit de

réclamer dès l'ouverture de la succession du prémourant sa réserve dans cette succession, à peine de nullité d'ordre public. La réserve est sacrée et rien ne doit en suspendre la délivrance.

Ce raisonnement ne s'applique qu'à l'action en complément de la réserve et non à l'action en rescision pour lésion. Or, on verra plus loin que l'action en complément de la réserve doit justement recevoir une solution particulière. De deux choses l'une : ou l'enfant a reçu pour le remplir de ses droits dans les deux hoiries un lot dont la valeur est au moins égale à ses droits réservataires dans la succession du prémourant ; il ne peut alors se plaindre pendant la vie du conjoint, puisque la réserve n'a pas à lui être fournie en nature sur les propres biens du prémourant (1). Ou la valeur du lot reçu par lui est inférieure au montant de sa réserve dans la succession du prémourant ; on verra qu'alors il peut incontestablement agir dès maintenant. Ainsi restreint, l'argument porte, mais seulement pour l'action en complément de la réserve.

298. — Aucun raisonnement probant ne demeure donc pour la recevabilité dès le décès du prémourant, en cas de conjonctivité constatée, de l'action de l'article 1079 du Code civil contre le partage d'ascendant conjonctif en tant qu'il répartit la succession du prémourant. Cette recevabilité ferait surgir du reste des difficultés nouvelles.

La plupart du temps, l'acte impose au profit des père et mère des charges dont l'inexécution donne lieu à révocation. Une de ces charges peut être de ne pas attaquer l'acte du vivant de l'un des ascendants ; elle est licite pour une action qui n'est pas d'ordre public (nos 67 et 258). Il en résulterait que la seule stipulation des parties pourrait retarder au décès du survivant la recevabilité et la prescriptibilité de l'action.

En outre, si la date de recevabilité de l'action est double suivant qu'elle est fondée sur un grief du chef de l'un ou de l'autre des époux, une question subsidiaire se pose : est-ce sur les biens qui appartenaient originairement au prémourant en nature et sur eux seuls que portent les effets de l'action intentée du chef du prémourant dans l'intervalle des deux décès ? Ou est-ce, conformément à la fiction conjonctive,

(1) Colin et Capitant, t. III, page 710. Rappelons que le droit belge donne une solution contraire ; Cf. n° 80 *suprà*, 2° alinéa.

sur une fraction du lot équivalente à la participation du prémourant à la donation-partage, abstraction faite de l'origine réelle des biens ?

299. — Un arrêt motive l'irrecevabilité de l'action pendant l'existence du survivant sur ce que *la même crainte révérencielle qui empêchait les enfants d'attaquer l'acte s'opposait à ce qu'ils pussent résister à son exécution* (1).

Bien que l'article 1114 du Code civil ne veuille pas dire que la crainte révérencielle ne doit jamais être prise en considération en droit, c'est le violer certainement que prétendre que, lorsque par crainte révérencielle un donataire ne s'est pas opposé à l'exécution du partage d'ascendant conjonctif, il peut faire revenir par justice sur cette exécution. Chaque fois qu'un acte juridique est passé, que ce soit la conclusion même du partage d'ascendant conjonctif ou son exécution, le fait qu'il l'a été sous l'empire de la crainte révérencielle ne peut être retenu. Le consentement de l'enfant reste juridiquement parfait, à moins qu'on allègue le vice de violence caractérisé. La crainte révérencielle n'empêche pas l'acte de lier valablement les parties. Mais, si l'une d'elles possède un autre grief contre le partage d'ascendant conjonctif, et qu'elle ne l'ait pas invoqué du vivant de l'un des ascendants par suite de la crainte révérencielle qu'elle éprouve, il est équitable d'en tenir compte pour reculer la prescription, renonciation tacite présumée au droit d'agir, qui ne peut s'accomplir dans de pareilles circonstances. La crainte révérencielle est un argument de plus pour reculer la naissance de l'action et de sa prescription au jour du décès du survivant des époux, mais elle n'a pas d'autre effet juridique et ne fait pas naître d'action à elle seule.

### SECTION III

#### *Exceptions au principe de l'unité*

300. — Chaque fois qu'il apparaît que la conjonctivité n'a été imprimée au partage anticipé que dans une intention

(1) Pau, 9 juillet 1861. D. P., 61, 2, 192, aff. Céby.

maligne chez les ascendants dans le but de retarder la naissance des actions jusqu'au décès du survivant d'eux, il faut admettre la recevabilité des actions dès le décès du prémourant. Cependant, si cette intention secrète existait aussi chez les descendants, il s'est formé une convention acceptée en toute liberté. L'action n'est pas davantage recevable actuellement si l'intention maligne était dirigée contre tous les descendants uniformément, bien qu'elle n'existât que chez les ascendants donateurs ; ceux-ci insèrent expressément en toute licéité à leur donation-partage la condition qu'elle demeurera conjonctive et indivisible, donc que les actions ne seront recevables contre elle qu'à partir du décès du survivant d'eux. Il n'y a pas de raison de leur refuser la possibilité de vouloir tacitement un tel résultat et d'y parvenir en imprimant le caractère conjonctif à leur disposition commune. Ce qu'il faut entendre par intention maligne, c'est le dessein, soit chez les seuls ascendants, soit aussi chez certains descendants, de retarder la plainte d'un descendant qui reçoit moins que ce à quoi il a droit. C'est en d'autres termes l'inégalité de situation chez les allotis qui motive cette exception à la règle, parce que les ascendants n'ont pas le droit, même en employant un procédé licite, de retarder la naissance des actions données par la loi, dans le seul but de nuire à l'un ou à l'autre. Malheureusement, cette exception est toute théorique, en raison de la difficulté, pratiquement insurmontable, qu'aura le descendant à établir la preuve qui lui incombe de l'intention maligne à sa seule encontre.

301. — Une objection se présente à l'esprit dès qu'on parle d'exceptions au principe que les actions ne sont recevables et prescriptibles qu'au décès du survivant en raison de l'indivisibilité de la répartition dans le partage d'ascendant conjonctif. Si c'est cette indivisibilité qui s'oppose à ce que la prescription commence à courir tant que les deux époux auteurs de l'acte indivisible ne sont pas décédés, l'obstacle est identique dans tous les cas, quels que soient l'origine et le caractère de l'action qu'il s'agit d'intenter. Si certaines actions se heurtent à l'indivisibilité et pas d'autres, c'est qu'on peut la supprimer (1).

(1) Demolombe, t. XXIII, n° 228. Genty, page 207.



Il est bon de remarquer d'abord que la règle de l'unité de date peut être à bon droit posée en principe, mais écartée chaque fois qu'elle se heurte à un principe d'ordre public, car la notion de conjonctivité, pas plus qu'une autre, ne saurait aller à l'encontre de l'ordre public.

Mais surtout, l'indivisibilité qui résulte de la conjonctivité a pour seul effet de mettre à l'abri l'acte des époux en son entier ou de le faire tomber pour le tout ; le partage homogène et unique des deux successions n'est ni critiquable ni appréciable partiellement pour la recevabilité d'une action. Toute action devient donc recevable au décès du prémourant dès que c'est en son entier qu'elle fait tomber la répartition sans briser son homogénéité, ou, même si elle la brise, dès que ce n'est pas là une conséquence de sa recevabilité immédiate. On verra plus loin quelles sont les actions qui dérogent à la règle ; aucune d'elles n'atteint l'indivisibilité du partage des deux successions, ni ne vise à ce qu'on envisage séparément la répartition de l'une de celle de l'autre. L'enfant omis qui demande une part dès le décès du prémourant ne s'insurge pas contre le caractère conjonctif ; il est omis aussi bien dans une hoirie que dans l'autre. Celui qui n'a pas reçu sa réserve dans la succession du prémourant l'a encore bien moins reçue dans les deux successions ; or, c'est le seul qui puisse agir. Enfin, les enfants ne refusent pas d'accepter l'indivisibilité de l'acte de leurs auteurs en demandant la réduction à la quotité disponible de leurs cohéritiers qui ont renoncé à la succession du prémourant ; s'il faut apprécier séparément les deux successions, la cause en est la renonciation et non la réussite de leur action ; la meilleure preuve est que la scission des deux hoiries dans leur partage unique s'impose aussi bien si l'action en réduction est intentée du chef du prémourant après seulement les deux décès mais ensuite d'une seule renonciation.

302. — La première exception est l'action en complément de la réserve. C'est une action en redressement ou en correction dont l'effet n'est que d'obtenir une part qui forme avec ce que le demandeur a déjà reçu la portion légale à laquelle il a droit. D'ordre public, la réserve est doublement intangible : en quotité et en durée. L'enfant réservataire doit la recevoir

non seulement intégrale, mais dès le partage qui la rend divise entre les ayants droit. Autant que d'en réduire la quotité, il est interdit d'en retarder la délivrance. Mais ce n'est pas à dire que le réservataire soit lié aussi par cette règle. Dès que son droit est ouvert, par le décès du *de cujus*, il peut y renoncer. Qui peut le plus peut le moins ; il peut donc aussi consentir que la délivrance lui en soit retardée ; ce résultat est licite à condition qu'il provienne de la libre volonté du réservataire et après l'ouverture de son droit.

303. — Appliquant ces principes au partage d'ascendant mixte fait par le survivant des époux, on conclura que les descendants étant saisis de leur réserve dans la succession du prémourant sont censés accepter licitement que la délivrance leur en soit retardée jusqu'au décès du disposant et que son sort soit lié par l'indivisibilité du partage à celui de la réserve dans la succession du survivant à laquelle ils n'auront droit qu'à son décès. Leur adhésion à la donation-partage du survivant retarde au décès de son auteur, sans violer en rien l'ordre public, leur droit d'exiger la conformité du lot reçu par chacun d'eux avec la part qui leur est réservée par la loi. Ensuite d'un partage d'ascendant mixte, rien n'est changé en ce qui concerne le point de départ unique de l'action en complément de la réserve au décès du disposant, qu'elle vise l'hoirie du prémourant ou celle du survivant (1).

304. — Si, au contraire, le partage d'ascendant conjonctif est réalisé par les deux conjoints, antérieurement par conséquent à l'ouverture des droits sur l'une et l'autre des réserves, il l'est à une époque où nul ne peut en retarder le droit à délivrance dès le décès de chaque *de cujus* ni consentir ce retard. C'est le décès du prémourant qui ouvre au réservataire le droit de demander l'intégralité de sa réserve sur l'une des successions. Et cette règle étant d'ordre public, peu importe

(1) Devismes, thèse Paris 1900, p. 175, 176 et note. Solution implicite puisque l'auteur admet le calcul de la lésion sur le tout, même pour l'appréciation de la réserve dans la succession du prémourant, alors qu'il ne l'admet pas si le partage d'ascendant conjonctif émane des deux époux ; or la date d'estimation pour savoir si une action est fondée ne peut pas être postérieure à cette action.

l'indivisibilité du partage ; la survie d'un de ses auteurs ne peut absolument pas retarder l'action du réservataire. Un autre principe empêche l'action en délivrance de la réserve ou en redressement d'une délivrance anticipée d'être exercée avant l'ouverture du droit à cette réserve par le décès. De la combinaison de ces deux principes indiscutables découle nécessairement la seule solution admissible :

*Chaque fois qu'un réservataire n'a reçu dans son lot qu'une valeur inférieure à la réserve à laquelle il peut prétendre dans la succession du prémourant, il a le droit d'agir dès ce décès. Mais sa réclamation est limitée, tant que le survivant est en vie, au montant de sa réserve dans la succession du prémourant.* Si la valeur de son lot est supérieure à cette réserve, quoique inférieure au montant de sa réserve globale dans les deux successions, ses droits héréditaires sur la seconde succession ne sont pas encore ouverts et ne lui permettent pas d'agir dès à présent pour le surplus. On sait par ailleurs que l'enfant ne peut non plus agir en prétendant qu'il a bien en valeur sa part légale dans l'hoirie du prémourant mais ne l'a pas en nature sur les biens mêmes du *de cuius* ; la réserve n'est pas due en nature, mais en valeur (1). L'exemple suivant illustrera la solution posée en principe et en démontrera la parfaite équité.

305. — Deux époux décèdent après partage d'ascendant conjonctif de toute leur fortune entre leurs trois enfants. Chacun de ceux-ci reçoit pour son lot : *Primus* une valeur totale de 4.000 ; *Secundus* une valeur de 21.000 et *Tertius* une valeur de 5.000. Le total des biens mis en masse de partage se monte à 30.000. Les ascendants ne laissent rien à leurs décès, si bien que l'ensemble de leurs deux successions est évalué à cette somme pour le calcul de la réserve globale, paternelle et maternelle, des trois enfants : celle-ci est pour chacun du quart de 30.000, soit 7.500. *Primus* et *Tertius* sont ainsi tous deux frustrés et fondés à agir en complément de leur réserve contre leur frère *Secundus*. Voilà pour le fondement de l'action. Quant à sa recevabilité, il faut distinguer. Les deux parents ne sont pas morts à la même date. Le décès

(1) Colin et Capitant, t. III, page 710 déjà cité.

du prémourant a révélé pour l'ensemble de ses biens, tous compris à l'opération, une valeur de 18.000, ce qui donne sur sa succession personnelle une réserve de 4.500 pour chaque enfant. *Tertius* n'a rien à réclamer avant le décès du survivant puisque la part qu'il a reçue est d'une valeur supérieure à la réserve à laquelle il a droit actuellement et que le survivant n'est pas obligé de lui faire une libéralité. Ce n'est qu'au décès du second ascendant que sa plainte sera reçue pour les 2.500 qui lui manquent parce qu'alors seulement son droit héréditaire sera ouvert pour une valeur supérieure à son attribution. *Primus* au contraire ne peut, d'ordre public, être empêché d'exiger dès à présent le complément de sa part, qui se révèle inférieure à ses droits actuellement ouverts. Cependant, pas plus privilégié que son frère, il n'a d'action que pour 500, complément de sa réserve dans la seule succession du prédécédé. Pour le surplus, il est obligé d'attendre le décès de son autre ascendant.

306. — Cette solution semble contraire à un passage d'un arrêt de la Cour de cassation (1) : le partage d'ascendant conjonctif n'est attaquable qu'après le décès des ascendants que si l'action a pour but d'obtenir «... la réduction d'un lot pour atteinte à la réserve... ». Il ne s'agit là que d'un simple attendu qui n'examine pas la question elle-même et qui ne fonde pas la solution de l'arrêt. On pourrait en outre en discuter la portée et prétendre que cette incidente ne vise en réalité que la réduction d'un lot pour avantage plus grand que la loi ne le permet, puisqu'elle parle de *réduction d'un lot* et non de *complément*. En tout cas, cet attendu ne saurait aller contre la conséquence posée plus haut de ces deux principes d'ordre public : on n'est fondé à demander sa réserve que le jour où la succession s'ouvre ; et rien ne peut empêcher de la réclamer dès l'ouverture du droit. A part cet attendu, probablement inconsideré, la Jurisprudence, qui a de nombreuses fois tranché le problème de la recevabilité en ce qui concerne la lésion, n'a pas encore été appelée à le trancher directement en ce qui concerne la réserve (2).

(1) Req., 25 février 1890. D. P., 90, 1, 345. S., 90, 1, 207, aff. Brouillat.

(2) L'exception relative à l'action en complément de la réserve s'applique au partage conjonctif effectué par deux testaments similaires ; l'action est recevable



307. — Quant au mécanisme de l'action en complément de la réserve, le tribunal saisi recherche d'abord si l'action est recevable ou prématurée en calculant la réserve du demandeur dans la seule succession du prémourant et en comparant le montant de cette réserve à la valeur du lot. Une expertise est tout indiquée. Si les ascendants donateurs étaient mariés sous un régime de communauté, la liquidation de celle-ci est indispensable pour calculer le montant net de la succession du prémourant, donc celui de la réserve. Il se peut cependant que la limpidité d'une communauté qui ne demande qu'un partage par moitié, ou l'existence d'un autre régime matrimonial entre les époux, ou encore la simplicité des faits de la cause permettent au tribunal de se rendre compte par lui-même au moyen d'un simple calcul, ce qui évitera frais et lenteurs. Mais les juges, pour rejeter *de plano* la demande comme irrecevable, doivent motiver très sérieusement leur jugement sur ce point de fait, qui échappe évidemment au contrôle de la Cour de cassation. Sinon une réformation s'imposerait en appel pour violation des règles d'ordre public sur la réserve.

308. — L'action de l'enfant entre les deux décès se présente ainsi avec un caractère provisoire, en ce sens qu'une seconde action sera nécessaire, lors de l'ouverture de la succession du survivant, pour y obtenir un nouveau complément qui manque certainement, puisque la première demande reconnue fondée a dû être limitée dans sa portée. Deux procès deviennent nécessaires au lieu d'un seul, ce qui double les inconvénients des querelles de famille.

En pratique, l'inconvénient n'est pas considérable. A moins d'une inintelligence ou d'une haine inconcevables de sa part envers l'enfant réservataire, l'ascendant survivant comprendra son erreur et la réparera aussi sur sa succession propre

dès le décès du prémourant, mais présente une double face suivant qu'elle est intentée après la délivrance anticipée par le survivant de tous les biens pour faire rectifier un lot dont la valeur est inférieure à la réserve dans la seule succession du prémourant, ou suivant qu'elle est intentée pour obtenir cette part de réserve en l'absence de la délivrance anticipée. Dans le premier cas, c'est bien une action en complément ; dans le second il serait plus exact de l'appeler *action en délivrance de réserve*. C'est sous cette seconde face qu'elle oblige parfois le survivant à abandonner prématurément ses biens personnels pour ne pas provoquer la caducité de l'opération.

dès la réussite de la première action. A cette fin, une transaction tomberait sous le coup de la prohibition des pactes sur succession future. Si tous les donataires sont d'accord, on passera une nouvelle donation-partage. Si l'un d'eux y met de la mauvaise volonté, l'ascendant aura la ressource de rétablir les choses par son testament à défaut d'autre moyen dont l'effet soit actuel : il lèguera au demandeur le reliquat des effets qui lui resteront à son décès et qui suffiront peut-être à le remplir de sa réserve globale, ou bien tel effet déjà mis dans le lot d'un autre dont la valeur est supérieure à l'égalité : l'attributaire de ce lot sera tenu de la délivrance à son cohéritier, à peine d'y être contraint par justice quand l'enfant réclamera le complément de sa réserve.

309. — La seconde exception concerne la prétérition d'enfant. Les principes sont analogues à ceux de l'action en complément de la réserve.

L'enfant ne peut se plaindre d'être omis tant que, ses deux auteurs étant en vie, le partage d'ascendant conjonctif ne constitue qu'une libéralité. Dès le décès de l'un d'eux il a le droit d'agir, en dépit de l'indivisibilité conjonctive ; celle-ci n'est pas attaquée ; son résultat est de faire tomber en entier l'opération au lieu de ne la faire tomber qu'en partie. Lui refuser une action dans l'intervalle des deux décès serait violer les règles d'ordre public sur la réserve ; ce serait consacrer une exhérédation temporaire d'un réservataire (1).

Mais l'effet de l'action est limité. Quoique la disposition tombe entière, un nouveau partage n'est indispensable que pour la succession du prémourant et ce n'est qu'au partage de cette seule succession que le demandeur a le droit de participer pour l'instant. Les biens du survivant lui font retour. Libre à lui de consentir de nouveau un partage anticipé. Ici non seulement la liquidation de la communauté est nécessaire, mais son partage effectif, à moins que toutes parties ne tombent d'accord sur un partage d'ascendant conjonctif par le survivant. La part à laquelle le descendant omis a droit dans la seule succession du prédécédé est une part virile, égale à celles de ses cohéritiers ; c'est une différence

(1) Coche, thèse Paris, 1892.

avec l'action en complément de la réserve. L'omission d'un enfant n'équivaut en rien à la privation de la quotité disponible ; le demandeur y a droit comme les autres en l'absence de dispositions préciputaires par l'ascendant défunt. La clause pénale insérée dans l'acte de donation-partage contre qui critique la disposition ne joue pas contre lui puisque le motif qu'il invoque est d'ordre public ; on ne peut se baser sur rien pour le réduire à sa part de réserve.

310. — Comme précédemment, l'enfant omis devra recommencer une nouvelle instance au décès du survivant pour obtenir une part. L'inconvénient est moins grave que pour l'action en complément de la réserve. Il ne subsiste que si par suite d'un entêtement inexplicable le survivant a recommencé sa donation-partage, de ses seuls biens cette fois, en omettant encore l'enfant ; celui-ci fera tomber de nouveau au second décès cet acte qui le frustre. Si l'ascendant a repris la possession de ses biens personnels, c'est une simple action en partage qu'il y a lieu d'intenter après sa mort, et seulement si tous les cohéritiers ne sont pas d'accord ou maîtres de leurs droits ; la situation est la même que s'il n'y avait jamais eu de partage d'ascendant conjonctif. Le meilleur remède à la situation est que le survivant et tous ses enfants, sur la réussite de l'action de l'enfant omis, réalisent un nouveau partage d'ascendant conjonctif des deux successions en y comprenant le demandeur ; ce dernier n'acceptera la donation-partage, qui sans son acceptation demeurera caduque, que s'il obtient une part virile dans les deux successions.

311. — Ce qui précède sur l'opération des deux époux s'applique au partage d'ascendant mixte effectué par le seul survivant. L'enfant omis, pour obtenir le partage distinct de la succession du défunt, peut attaquer l'acte dès le jour de sa passation ; il y est demeuré étranger ; il ne saurait avoir renoncé à la délivrance actuelle de sa réserve ; mais il ne saurait prétendre à rien sur les biens du survivant. Son action se présente sous l'aspect d'une instance en partage de la succession du prédécédé, comme s'il n'y avait aucun partage d'ascendant conjonctif.

312. — L'action en réduction à la quotité disponible est recevable également dès avant le décès du survivant malgré la conjonctivité du partage anticipé. On sait, et ceci n'a rien de spécial à notre institution, que l'héritier présomptif ne perd pas la faculté de renoncer à la succession d'un ascendant en acceptant sa donation-partage ; sinon l'acte serait nul comme contraire à la prohibition des pactes sur succession future. Le renonçant perd sa qualité d'héritier, donc tout droit à la réserve, tout en continuant cependant à compter pour le calcul de celle-ci au nombre des enfants ; car ce nombre est apprécié au moment du décès quels que soient les changements postérieurs. La donation-partage perd ainsi rétroactivement le caractère d'un partage de succession, qu'elle avait depuis le décès de son auteur, au regard du renonçant qui devient un simple donataire étranger à la succession, inhabile à conserver les biens mis en son lot au delà de la quotité disponible.

La dualité d'auteurs du partage anticipé permet trois sortes de renonciations : à la seule succession du prémourant, à la seule succession du survivant et aux deux successions. Les deux premières seules, s'il s'agit d'un partage d'ascendant conjonctif, brisent son indivisibilité.

L'action en réduction intentée par les acceptants est une action décennale qui n'entraîne pas la nullité du partage anticipé, mais vise simplement à la modification de ses lots, par suite d'événements postérieurs ; elle est basée sur l'article 920 du Code civil et non sur l'article 1079.

313. — Il n'est que d'appliquer ces notions générales au partage d'ascendant qui présente le caractère conjonctif. Le cas ne peut se présenter si l'acte émane du seul survivant et la renonciation ne peut lui être postérieure : puisque son acceptation de la donation-partage qui le remplit de ses droits dans les deux hoiries fait perdre au descendant le droit de renoncer à celle d'entre elles qui est ouverte. Elle n'est pas davantage antérieure, car les cohéritiers n'accepteraient pas une donation-partage qui donne à un étranger, et telle est la qualité du renonçant, une part supérieure à la quotité disponible. Si cependant le cas venait à se présenter, l'action serait recevable dès la passation du partage d'ascendant mixte et se



prescrirait à compter de cette époque. En ce qui concerne au contraire la renonciation à la succession du survivant, l'action a lieu ensuite d'un partage d'ascendant mixte tout aussi bien qu'ensuite d'un partage d'ascendant conjonctif fait par les deux époux. Mais la recevabilité de cette action ne subit en rien l'influence de la conjonctivité.

Quand l'acte émane des deux époux, l'action n'est recevable qu'à partir du fait qui lui donne naissance, la renonciation, et ne se prescrit qu'à compter de ce moment (1). Le caractère conjonctif ne modifie rien en la matière (2).

Comme pour les deux précédentes exceptions, l'action est limitée dans sa portée puisqu'elle ne vise nécessairement que la réduction à la quotité disponible de la succession ouverte : celle du prémourant à laquelle seule on a pu renoncer. Donc la liquidation de la communauté s'impose, mais non son partage. Si le même enfant renonce plus tard à la succession du second de ses parents, une nouvelle action est nécessaire ; elle est alors inévitable, les parties n'ayant aucun moyen de prévoir son effet sans stipuler sur une succession future. Pour éviter la répétition de l'action, les donataires acceptants peuvent attendre, pour demander la réduction à la quotité disponible dans la succession du prémourant, jusqu'à l'extrême limite du délai décennal qui leur est accordé ; le second décès se sera peut-être alors produit et on sera fixé sur le parti pris par le défendeur éventuel quant à la seconde succession. Mais, pour faire une économie de frais, ils provoquent de plus grandes complications à raison du laps de temps assez long qui s'est écoulé et perdent les intérêts et revenus des biens excédant la quotité disponible pour n'avoir pas intenté leur action dans l'année.

(1) Aff. Brouillat, Req., 25 février 1890. D. P., 90, 1, 345. S., 90, 1, 207.

(2) S'il s'agit de testaments-partages, l'action en réduction à la quotité disponible contre ceux qui ont renoncé à la succession du prémourant suppose la délivrance anticipée des biens personnels du survivant. Mais elle doit avoir lieu au moment même de cette délivrance : au lieu d'être une action offensive dont le but est de reprendre les biens indûment délivrés, comme ensuite d'une donation-partage, c'est une action défensive s'opposant à ce que le renonçant prenne une portion supérieure à la quotité disponible. Quoique recevable dès avant le décès du survivant, elle ne se prescrit pas dès la renonciation, mais à partir de la demande en délivrance par les enfants. La renonciation est nécessairement antérieure à la délivrance puisque celle-ci constitue une acceptation tacite de la succession du prémourant.

314. — Des principes quelque peu semblables conduisent à la recevabilité immédiate, c'est-à-dire dès le décès du prémourant des époux ou dès la passation de l'acte, suivant que la donation-partage est faite par les deux époux ou le seul survivant, de toutes les actions nées de l'article 1079 du Code civil, quelle que soit leur nature, lorsque le partage anticipé est fait entre des enfants de lits différents. Chaque enfant a le droit d'agir dès le décès de celui des ascendants qui est son auteur, sans attendre celui du conjoint qui lui est un étranger (1). Peu importe l'indivisibilité du partage, qui n'est du reste un partage véritable que pour les biens de communauté seuls appelés à être indivis entre les enfants de lits différents. L'enfant ne saurait être obligé de respecter les dispositions d'un étranger qui le lèsent. Il n'y a pas lieu d'insister sur ce point, puisqu'un tel acte n'est un partage d'ascendant conjonctif qu'au regard des enfants communs qui y sont compris et que ceux-ci restent soumis à l'irrecevabilité des actions qui leur sont personnelles avant le décès du survivant.

315. — La dernière exception concerne les actions que les enfants possèdent du chef de leurs auteurs, et non plus de leur chef personnel, et qui ne sont par conséquent pas des actions de succession. Ces actions conservent leurs points de départ ordinaires à l'encontre d'un partage d'ascendant conjonctif comme d'un acte quelconque. La principale, pour ne pas dire l'unique, est l'action en nullité de la disposition basée sur ce qu'elle comprend indûment les biens dotaux. Elle ne naît évidemment jamais après partage d'ascendant mixte du survivant, puisqu'en ce cas la dotalité n'existe plus. Ce n'est qu'en tant qu'héritiers de leur mère que les enfants possèdent cette action. Entre leurs mains comme entre celles de cette dernière, le point de départ de la prescription décennale est la cessation de la dotalité par la dissolution du mariage. Cette action peut donc ne jamais leur appartenir si la femme vit plus de dix ans après la cessation du mariage, soit qu'elle meure après son mari, soit que la dissolution ait lieu par une autre cause que le décès d'un des époux.

(1) Bordeaux, 17 décembre 1875. D. P., 77, 2, 241. Aff. Laborde contre Dubourdieu.

Lorsqu'elle leur appartient cette action est recevable de la part des enfants, ès qualité d'héritiers de leur mère dotale, pendant l'existence de leur père survivant. L'article 1560 du Code civil est général et doit s'appliquer malgré l'indivisibilité de l'opération. Cette indivisibilité, du reste, n'est pas attaquée, puisqu'en raison d'elle précisément l'acte tombe en entier pour la nullité d'une de ses parties (cf. n° 83 *supr.*).

La solution n'a jamais été discutée sérieusement (1).

316. — Les développements qui précèdent montrent que toutes les règles sur le point de départ des actions et de leur prescription en cas de partage d'ascendant conjonctif sont très claires et très logiques. Aucune n'a soulevé de vraies difficultés. Il suffit d'appliquer, en les combinant parfois, les principes généraux. Mais elles constituent un ensemble si touffu de solutions différentes qu'il est prudent pour les intéressés de ne pas tenter une action quelconque contre un partage anticipé dont on soupçonne le caractère conjonctif avant d'avoir fait étudier très sérieusement la question de recevabilité de la demande par leur avoué ou leur avocat compétent.

317. — A titre d'indications, le tableau récapitulatif suivant résume les dates diverses de recevabilité :

- I. Décès du survivant :**
- a)* Action en rescision pour lésion contre  
(Règle générale un partage d'ascendant conjonctif fait  
en cas de doute) par les deux époux ;
  - b)* Action en rescision pour lésion contre  
un partage d'ascendant mixte fait par  
le survivant des époux ;
  - c)* Action d'un enfant omis dans le partage  
d'ascendant conjonctif du survivant  
pour obtenir une part virile dans la succession  
du survivant ;
  - d)* Action d'un enfant pour obtenir le  
complément de sa réserve dans la succession  
du prémourant ensuite d'un partage  
d'ascendant mixte fait par le survivant.

(1) Civ. 29 janvier 1866. D. P., 66, 1, 65, Aff. Boillet contre Cossard. Req., 25 février 1878. D. P., 78, 1, 449. S., 81, 1, 73, Aff. Pinton.

e) Action en complément de la réserve dans la succession du survivant, dans tout partage d'ascendant conjonctif, qu'il soit fait par les deux époux ou le seul survivant.

II. *Décès du prémourant* : a) Action d'un enfant omis dans le partage d'ascendant conjonctif fait par les deux époux pour obtenir une part virile dans la succession du prémourant.

b) Action en complément de la réserve dans la succession du prémourant ensuite du partage d'ascendant mixte du survivant.

c) Action en rescision pour lésion de l'enfant unilatéral du prémourant.

III. *Passation de la donation-partage* : a) Action de l'enfant omis dans le partage d'ascendant mixte du survivant pour obtenir une part virile dans la succession du prémourant.

b) Action en réduction à la quotité disponible dans la succession du prédécédé contre un enfant qui aurait, par hypothèse, renoncé à sa succession avant le partage d'ascendant mixte fait par le survivant.

c) Action en rescision pour lésion des enfants unilatéraux du prédécédé ensuite d'un partage d'ascendant mixte.

d) Action qui conteste le pouvoir du survivant de faire un partage d'ascendant mixte.

IV. *Date de la renonciation à succession* : Action en réduction à la quotité disponible contre les renonçants.

V. *Point de départ ordinaire de l'action* : Toute action que les descendants exercent du chef d'un de leurs auteurs, notamment l'action en nullité basée sur la dotalité de certains des biens compris à l'acte.



## CHAPITRE III

### Date d'estimation des biens (1)

---

318. — Il n'existe aucun lien d'interdépendance entre le moment où l'action en rescision pour lésion ou pour atteinte à la réserve est recevable et l'époque où doit se calculer la lésion qui la fonde ou le montant de la réserve (2). Il est impossible seulement que l'époque du calcul soit postérieure à celle de l'action. Ce principe semble cependant méconnu par la Jurisprudence, qui se base presque toujours pour admettre la recevabilité de l'action à une époque donnée sur ce qu'il y a lieu de se placer à cette époque pour apprécier la lésion ou réciproquement.

319. — Après une controverse classique, notamment entre la Cour de cassation et la cour d'Agen, la Jurisprudence est aujourd'hui unanime à décider que l'estimation des biens compris dans un partage anticipé doit se faire au jour du décès et non au jour de l'acte. La même unanimité se retrouve pour n'accepter qu'une seule date d'estimation au décès du survivant des époux quand il s'agit d'un partage d'ascendant conjonctif (3). Précisons la portée exacte de cette solution.

Deux points sont évidents : D'abord, que les biens sont estimés suivant leur état au jour de l'acte, sans que la con-

(1) La question de la date à laquelle il faut se placer pour estimer la valeur des biens compris dans un partage d'ascendant conjonctif a toujours eu une grande importance en raison de l'intervalle parfois considérable qui peut séparer les décès respectifs des deux ascendants. A notre époque, elle a pris une acuité extraordinaire en raison de l'instabilité économique de cette quinzaine d'années. Il est certain que si un des auteurs du partage d'ascendant conjonctif est mort au cours de la guerre 1914-1918 et que l'autre ne meure qu'en 1928, il est capital de savoir si on doit estimer tous les biens à la même époque ou s'il faut estimer les uns suivant leur valeur au cours de la guerre et les autres suivant leur valeur beaucoup plus grande en 1928.

(2) Touzaud, article à la *Revue pratique de Droit français*, 1876, t. XLII, pages 94 à 105.

(3) Civ., 15 mai 1876. D. P., 76, 1, 322. S., 76, 1, 420. Aff. Pérès. Civ., 26 décembre 1876. D. P., 77, 1, 171. S., 77, 1, 153. Aff. Malbec contre Sarrus, Bordeaux, 8 mai 1878. D. P., 79, 2, 182. Aff. Eyquem.

jonctivité modifie rien à cette solution ; la date recherchée est au contraire celle à laquelle il faut se placer pour estimer leur valeur. En second lieu, que la masse de calcul doit être unique ; en cas de partage d'ascendant conjonctif, la lésion doit se calculer sur l'ensemble des deux successions et non sur chacune d'elles séparément, de sorte qu'un avantage sur l'une puisse détruire jusqu'à due concurrence une lésion sur l'autre, et qu'on ne tienne compte que de la lésion supplémentaire nette. Il ne peut pas en être autrement puisque la provenance en nature des biens n'est pas prise en considération. Le sens et l'utilité du partage d'ascendant conjonctif sont de permettre de puiser pour former les lots dans tel ou tel patrimoine selon les convenances.

Ces deux données acquises, la solution jurisprudentielle décide qu'outre cette unité de masse de calcul pour la lésion, l'unité de date d'estimation est indispensable. Sans doute il y a deux successions, mais elles font l'objet d'une répartition unique. Ce qu'on attaque, c'est cette répartition unique, encore qu'on ne l'attaque que du chef d'une seule succession. Ce ne peut donc être que ce partage unique qu'il faut considérer pour apprécier la recevabilité de l'action, et non chaque succession prise à part. Or, ce n'est qu'au décès du survivant que le partage unique peut être apprécié pour le tout comme partage de succession (1). *Fixer deux époques différentes pour l'estimation des biens paternels et des biens maternels, alors qu'ils ont été réunis en une seule masse, serait rompre l'équilibre des lotissements et détruire toute l'économie du partage* (2). L'intention manifeste des parties telle qu'elle résulte de la conjonctivité est d'apprécier suivant une base commune d'estimation tous les biens compris à l'acte. Il est impossible à une répartition d'être unique et indivisible si certains de ses éléments sont considérés dans leur valeur à une époque et les autres suivant leur valeur à une autre époque. En outre, le but du partage d'ascendant conjonctif est de doter en une seule fois par une disposition unique les descendants aussi bien du chef de leur père que du chef de leur mère. Appliquer deux barèmes d'estimation à chacune des hoiries

(1) M<sup>e</sup> Kluyskens, *Belgique Judiciaire*, n<sup>o</sup> 47, du 27 avril 1919, col. 575.

(2) Ce sont les propres termes des deux arrêts de Cassation précités des 15 mai et 26 décembre 1876.

confondues volontairement en une seule masse, c'est en dénaturer le caractère et violer l'intention évidente des parties, aussi bien (il est important de le noter) celle des donataires que celle des ascendants donateurs (1).

320. — L'opinion contraire ardemment soutenue il y a un demi-siècle et auparavant par quelques cours d'appel semble aujourd'hui totalement abandonnée en Jurisprudence (2). Mais en Doctrine elle ne manque encore pas de partisans à l'occasion (3). La dualité de dates d'estimation est inapplicable, pratiquement, non seulement sur les biens en nature, mais sur les lots considérés fictivement comme composés de biens du prémourant et du survivant dans des proportions égales à leurs participations respectives à la formation de la masse de partage, ce qui serait indispensable pour éviter la caducité du partage unique. Il est impossible d'apprécier fictivement à une époque une quotité d'un lot, et à une autre époque une autre quotité, puisqu'on ne peut établir des quotités mêmes qu'à une date unique et sur une estimation unique. Du moment qu'on admet la validité et l'existence de la conjonctivité, il est indispensable d'admettre comme sa conséquence nécessaire la date unique d'estimation de tous les biens compris au partage d'ascendant conjonctif au décès du survivant.

321. — La date d'estimation ne peut être la même pour l'appréciation de la réserve et pour celle de la lésion de plus du quart, puisque l'action pour atteinte à la réserve suit elle-même une règle différente de l'action en rescision pour lésion. Le même caractère d'ordre public qui veut que l'action en complément de réserve soit recevable dès le décès du prémourant sur les biens qui composent sa succession veut qu'on apprécie séparément et immédiatement, c'est-à-dire au décès

(1) Si la date d'estimation devait être double, la compréhension des biens dépendant de la communauté au partage d'ascendant conjonctif obligerait à liquider d'abord celle-ci et à la partager.

(2) On peut constater à ce sujet que la cour de Bordeaux qui l'avait soutenue en 1875, aff. Malbec sur renvoi de la cour de Cassation, est revenue sur son système pour adopter trois ans plus tard, aff. Eyquem, celui de la cour de Cassation.

(3) Touzaud, article à la *Revue pratique de Droit français*, 1876, t. XLII, et plus récemment, Devismes, thèse, Paris, 1900, p. 193.

du prémourant, d'une part la valeur de sa succession pour en déterminer la réserve et d'autre part celle du lot de l'enfant donataire pour savoir s'il a reçu ce qui lui est dû (1). Qu'on ne se méprenne pas cependant. Si aucune action n'est intentée pendant la vie du survivant, il ne s'agit pas de faire après décès des deux époux l'estimation sur des bases distinctes pour la réserve et pour la lésion. L'exception à la règle générale d'estimation ne joue que provisoirement et dans les cas où une action en complément de la réserve est intentée du vivant de l'ascendant, pour apprécier la recevabilité de cette action. En outre, il n'en est ainsi que pour l'atteinte à la réserve dans le partage d'ascendant conjonctif fait par les deux époux ensemble. Si l'acte émane au contraire du seul survivant, il n'y a pas de raison de déroger à la règle générale d'estimation unique à son décès, puisque c'est à ce décès seulement qu'est recevable l'action (2).

322. — En dépit de cette logique rigoureuse, la Jurisprudence ne distingue pas l'estimation suivant qu'elle est faite en vue de fixer la réserve ou en vue de calculer la lésion. Elle se contente de donner une règle générale. On a vu (n° 306) que la question de recevabilité de l'action sur la réserve ne lui a jamais été posée d'une manière précise et principale ; celle de l'estimation quant à la réserve non plus. En l'absence de précisions plus grandes, nous pensons plutôt qu'elle ne soupçonne pas le problème que de penser qu'elle lui donne une solution contraire à celle que nous adoptons comme seule logique.

(1) On ne saurait davantage envisager le partage unique testamentaire à deux dates différentes sans en détruire toute l'économie. C'est au décès du survivant seul que la lésion est appréciable sur le tout. Mais en ce qui concerne la réserve, il est nécessaire d'estimer, provisoirement seulement, la succession du prémourant suivant sa valeur lors du décès. Quant au lot qu'on prétend moindre que le montant de la réserve de son attributaire dans la seule succession du prémourant, ce n'est plus, comme en cas d'acte entre vifs, au décès du prémourant qu'il y a lieu de l'estimer en équité. C'est au jour où le partage est effectif, conformément à l'article 890 du Code civil. Or, dans un partage conjonctif réalisé par deux testaments, le partage n'est pas effectif au décès du premier testateur ; il ne l'est qu'au décès du survivant, ou avant, si ce dernier consent l'abandon prématuré de toute la masse partagée dont une partie lui appartient. C'est donc au jour de la délivrance anticipée seule que l'équité commande d'apprécier la valeur d'un lot pris en particulier. C'est à cette époque seulement que l'entrée en possession est effective pour les biens du prémourant. Si la délivrance anticipée n'est pas consentie par le survivant, c'est au jour de son décès qu'on se place ; il n'y a pas lieu alors à l'exercice de l'action en délivrance ni en complément de la réserve.

(2) *Supra* n° 303. Devismes, thèse Paris, 1900, pages 175, 176 et la note.



323. — Une objection ne manquera pas d'être faite. La non-concordance relativement à un même partage d'ascendant conjonctif de la date à laquelle il faut se placer pour estimer les mêmes biens suivant qu'il s'agit d'une atteinte à la réserve ou d'une lésion de plus du quart est inadmissible. Le sort des deux actions est inégal, puisque l'une d'elles pourra être recevable et l'autre pas si la valeur des biens a changé dans l'intervalle qui sépare les deux décès, ce qui est le cas normal pour peu que cet intervalle ait une certaine longueur. Illogisme et injustice. Supposons l'opération passée entre trois enfants : la quotité disponible est du quart des biens et la réserve due à chaque enfant est également du quart. Si un enfant reçoit un douzième de la masse totale en moins que les autres, il a le choix entre l'action en rescision pour lésion de plus du quart ou l'action en complément pour atteinte à la réserve ; or, seule la seconde est recevable actuellement, à la condition que le demandeur n'ait même pas sa réserve dans la succession du prémourant. L'autre action pourra ne plus l'être si la valeur des biens mis en masse et celle du seul lot du demandeur se sont modifiées en attendant le décès du survivant.

423. — Cette objection n'est que superficielle. Le résultat paradoxal qu'elle met en lumière n'est que provisoire et la situation sera rétablie lors de l'ouverture de la succession du survivant. L'action en complément d'un lot pour atteinte à la réserve dans la succession du prémourant sera suivie d'une autre action en complément de la réserve dans la succession du survivant. A ce moment, l'estimation séparée des deux successions n'aura plus de raison ; elle était exceptionnelle et provisoire pour permettre le jeu d'une action exceptionnellement recevable ; elle disparaît pour laisser place à l'estimation normale, et qui est unique. Si la lésion n'existe plus alors par suite de l'appréciation unique de la masse, il n'y aura pas lieu à complément de la réserve dans la succession du survivant. Il n'y a pas d'illogisme et l'enfant ne peut se plaindre si la lésion qui existait à un moment donné a disparu depuis. Et si elle n'a pas disparu, son action est tout aussi recevable.

### TITRE III

#### EFFETS DU PARTAGE D'ASCENDANT CONJONCTIF VIS-A-VIS DES TIERS

---

325. — L'effet indivisible du lotissement distribuant anticipativement les effets de deux successions qu'engendre automatiquement la compréhension en lui par les ascendants de biens dépendant de leur communauté ou de leur société d'acquêts, ou la simple intention de leur part de confondre leurs propres en un partage unique, intéresse en bien des hypothèses directement les tiers. La conjonctivité naturelle, qui est indépendante de la volonté des parties et s'impose aux ascendants et aux descendants, doit certainement aussi être acceptée par les tiers, en dépit des entraves qu'elle peut apporter à leurs droits. Mais la question se pose de savoir si la conjonctivité artificielle leur est aussi opposable et si l'indivisibilité qui en découle, avec toutes ses conséquences, n'est pas pour eux *res inter alios acta*, puisqu'elle ne provient que d'une intention des conjoints.

326. — On écarte évidemment l'éventualité d'une fraude. *Fraus omnia corrumpit*. Si c'est pour nuire aux tiers que les ascendants ont réuni leurs biens personnels en une répartition unique, quiconque est lésé est certainement fondé à intenter l'action paulienne, sans être entravé d'une manière quelconque dans son exercice par le caractère conjonctif. De nombreux arrêts le décident avec raison (1). Il en doit être d'autant plus ainsi que les tiers, et surtout les créanciers,

(1) Bourges, 18 juillet 1892, D. P., 92, 2, 609, Aff. Devallencienne. Besançon, 2 mars 1904. Gaz., Pal., 1904, 1, 475.

n'ont pas le moyen de faire opposition au partage anticipé comme ils l'ont pour un partage ordinaire de succession ou de communauté (art. 882 du Code civil). Il est en outre certain que la conjonctivité artificielle à elle seule ne saurait constituer un indice de fraude.

327. — En l'absence de toute fraude, les tiers peuvent-ils se plaindre des conséquences de l'indivisibilité ? Pour une plus grande clarté de l'exposé, on fournira d'abord un exemple de chacun des deux cas où la question se pose, suivant que l'attitude du tiers envisagé est offensive ou défensive.

Une hypothèque légale ou judiciaire est prise, avant passation de l'acte, contre un descendant des époux donateurs éventuels. De telles hypothèques portent sur les biens à venir autant que sur les biens présents, à condition toutefois pour l'hypothèque judiciaire que le bordereau le mentionne et ne cantonne pas l'hypothèque aux seuls immeubles actuels limitativement énumérés. Or un des ascendants dont le débiteur est héritier présomptif n'a comme fortune personnelle que des immeubles, par ailleurs non grevés d'hypothèques. Le créancier hypothécaire est donc fondé à croire que son gage sera un jour augmenté, ou constitué, par la part d'immeubles que son débiteur recueillera dans la succession de son ascendant. Or, voici que les époux, en faisant leur partage d'ascendant conjonctif, attribuent à l'enfant un lot composé pour la totalité de meubles ou d'argent liquide. Adieu les espoirs du créancier hypothécaire. Celui-ci peut-il s'en plaindre, étant donné que c'est la conjonctivité seule de l'opération qui a permis à l'enfant de recevoir des meubles ou de l'argent liquide, provenant nécessairement pour le tout d'un seul des ascendants, l'autre ne possédant que des immeubles, a-t-on posé par hypothèse ?

328. — Voici au contraire un exemple d'une attitude défensive du tiers vis-à-vis de la conjonctivité du partage anticipé commun. Un des enfants n'a reçu dans son lot qu'un immeuble maternel. Il l'aliène. Puis le père exerce contre lui le droit de révocation pour un motif quelconque et réussit dans son action. Il est fondé à reprendre le lot du défendeur, quoique valablement aliéné, jusqu'à concurrence de la quo-

tité équivalente à sa participation personnelle à la formation de la masse de partage. Tel est l'effet de la conjonctivité. Le tiers détenteur de l'immeuble maternel, pour ne pas rendre une portion de cet immeuble correspondant à la fiction conjonctive paternelle ou la valeur de cette fiction, allègue-t-il à bon droit que l'immeuble ayant appartenu à la mère ne peut être repris entre ses mains, à lui tiers détenteur, que par la mère, comme il en serait en cas de partages anticipés conjoints (1) ?

329. — Dans tous les cas la solution doit être la même. La conjonctivité, licitement imprimée à l'acte, en l'absence de toute fraude et de toute malignité, est opposable aux tiers comme aux parties elles-mêmes. *Les conséquences de la fiction* (qui résulte de la conjonctivité) *doivent être supportées par les tiers détenteurs comme par les donataires directs, car ils sont les ayants cause des donataires et tiennent d'eux leur droit qui ne peut en rien différer du leur* (2). Dans le premier exemple, du reste, il faut remarquer que la conjonctivité ne nuit qu'aux espérances du créancier hypothécaire, quoique très légitimes, et non à des droits véritables. Si on reconnaît la validité de la conjonctivité entre les parties, il est impossible de s'arrêter en chemin et de refuser de lui reconnaître tout effet vis-à-vis des tiers. Elle n'est pas une simple modalité conventionnelle ajoutée au partage anticipé, mais un caractère qui en fait partie intégrante et doit être opposable aux tiers, comme ce partage anticipé lui-même, mais dans la même mesure seulement, sans contrevenir au principe de la relativité des actes juridiques. Les tiers qui ont des droits acquis antérieurement au partage d'ascendant conjonctif et conservés conformément à la loi sont les seuls qui ne sauraient s'en voir frustrer par lui.

330. — On a vu (n° 30 *supra*) que le partage d'ascendant conjonctif fait entre vifs par les deux époux contenait fréquemment une clause de libre jouissance dont la validité entre les parties ne fait aucun doute. Cette stipulation n'a

(1) C'est l'hypothèse de l'aff. Théraud, Nîmes, 24 octobre 1888. S., 89, 2, 13.

(2) Jugement du tribunal civil de Jonzac, Aff. du Pavillon, Poitiers, 9 février 1903, Gaz. Pal., 1903, 2, 113.



d'efficacité et d'utilité qu'autant qu'elle est opposable aux tiers. M. Savatier répond sans hésiter qu'elle leur est bien opposable (1), et l'argument qu'il en fournit est pleinement satisfaisant : le contractant doit s'enquérir du titre des ascendants avant d'échanger avec eux une convention quelconque sur l'immeuble, afin de connaître les limites de leurs droits. Il est mal venu à se plaindre d'une ignorance qui ne provient que de sa négligence et de son imprudence.

On voit, dès lors, comme est utile pratiquement la clause de libre jouissance et comme elle mérite de devenir de style dans tout partage d'ascendant conjonctif.

---

(1) Revue trimestrielle de Droit civil 1924, t. XXIII, page 1.027.

## TITRE IV

### EFFETS DU PARTAGE D'ASCENDANT CONJONCTIF AU REGARD DU FISC

---

331. — Les droits d'enregistrement auxquels est soumis le partage d'ascendant conjonctif ne diffèrent pas de ceux qui sont applicables au partage d'ascendant ordinaire ; on a déjà eu l'occasion de signaler précédemment à plusieurs reprises (notamment n° 146) qu'ils étaient fixés pour l'acte entre vifs suivant le nombre des enfants vivants ou représentés des époux à 2,50, 4,50 ou 6,50 % en principal, taux uniformément majoré de deux décimes par l'article 3 de la loi du 22 mars 1924 actuellement en vigueur. Les droits afférents au partage d'ascendant conjonctif testamentaire ont été indiqués au n° 146 (1). Quant au caractère que doit présenter l'opération pour constituer en droit fiscal un partage anticipé et bénéficier comme telle du tarif réduit, il est le même que celui qui est exigé du partage anticipé ordinaire fait par un seul époux. Un chapitre distinct sera consacré à chacune des questions qui se posent, sans souci de transition ni même d'enchaînement logique, car, en raison de leur diversité, le développement sera forcément décousu.

---

(1) Voir à la table analytique des matières V° Droit fiscal, le rappel des passages qui ont déjà effleuré des questions fiscales.

## CHAPITRE PREMIER

### Partage d'ascendant conjonctif du survivant

---

332. — Cet acte s'analyse pour partie en un partage anticipé et pour partie en un simple partage. Il est soumis en droit fiscal à la fois au droit de partage et au droit de partage d'ascendant, mais de telle manière que ces deux droits se complètent sans se cumuler. Pour l'opération testamentaire, peu importe la délimitation des domaines respectifs de l'un et de l'autre, puisque tous deux sont identiques ; l'acte du survivant réalisé par testament est soumis uniformément au droit de partage ordinaire de 0,50 % en principal, avec doubles décimes en sus actuellement.

Si l'acte est au contraire passé entre vifs, le droit de donation-partage afférent à l'une de ses parties est d'un taux supérieur. Pour déterminer ce qui en est passible et ce qui n'est passible que du droit de partage, faute d'indications par l'origine de propriété ou de déclaration sincère par les parties, on se reporte à la déclaration de succession du conjoint défunt, et au droit de mutation par décès telle qu'en a été fixée l'assiette à cette époque. On ne perçoit que le droit de partage sur tous les effets mentionnés dans la déclaration de succession, y compris la part revenant au prémourant dans la communauté ; ils ont déjà acquitté le droit de mutation par décès. Le droit de donation n'est dû que sur le surplus. Le sens du droit de mutation gratuite entre vifs est de remplacer le droit de mutation par décès ; les deux droits se complètent sur une même succession sans jamais empiéter l'un sur l'autre. Si deux patrimoines sont confondus dans une répartition unique, mais à titre de transmissions différentes, les uns entre vifs, les autres par décès, les deux droits ne doivent également que se compléter. Si la déclaration de succession du prémourant n'a pas encore eu lieu lors de la confection du partage d'ascendant conjonctif du survivant, c'est réciproquement ce

dernier acte qui lui servira de base (1). Tel est le principe suivi ; il est naturel et par ailleurs très simple.

333. — On sait que d'autre part tout partage donne lieu quelquefois au droit de soulte, en outre du droit de partage. Le taux de ce nouveau droit varie suivant la composition du lot à charge duquel est mise la soulte. Cette dernière est considérée comme le prix d'acquisition par qui la doit de l'excédent de valeur de son lot. Suivant la nature de cet excédent, elle est donc assimilée au prix d'un immeuble, ou d'objets mobiliers, ou de créances, etc. Il en est de même depuis la loi du 18 mai 1850 de tout partage anticipé ; on y envisage les héritiers ou descendants comme fictivement saisis d'abord dans l'indivision des biens à eux transmis ; si l'un d'eux doit une soulte à un autre comme équivalent de la supériorité de sa part, il est censé acquérir cette supériorité au prix de la soulte, ni plus ni moins que dans un partage ordinaire. Il doit donc le droit de soulte, tandis qu'autrefois le bénéficiaire de la soulte était censé la recevoir directement de l'ascendant et non de son cohéritier et ne devait sur elle que le droit afférent à toute attribution.

Une différence existe entre le partage ordinaire et le partage d'ascendant sur ce point : le droit de soulte se cumule avec le droit de donation-partage et non avec le droit de simple partage. Cette règle ne signifie pas que le droit de 0 fr. 50 % cesse d'être dû pour le tout dans un partage dès qu'une soulte y est stipulée, mais que pour établir son assiette de perception, il faut déduire le montant de la soulte. Si, par exemple, on distribue une valeur de 4.000 entre quatre enfants, en mettant dans le lot de *Primus* 1.200, dans celui de *Secundus* 1.500, dans celui de *Tertius* 1.000, et dans celui de *Quartus* 300, à charge par *Primus* et *Secundus* de verser des soultes à ce dernier, l'un de 200 et le second de 500, on perçoit le droit de soulte sur 700, et le droit de partage sur le reste seulement, soit sur 3.300. De ce non-cumul du droit de partage avec le droit de soulte surgissent deux questions intéressantes à propos de notre institution.

(1) Solution d'octobre 1890, Jura.



334. — Il est d'abord de principe que le droit de soulte n'est pas dû seulement sur les soultes expressément exprimées, mais sur toute plus-value d'un lot. Doit-on dès lors considérer séparément la répartition du patrimoine de chaque époux pour percevoir le droit de soulte sur chaque plus-value des portions paternelles de tous les lots prises à part, et en outre sur chaque plus-value des portions maternelles? N'est-il pas plus juridique, en même temps que plus favorable aux parties, de considérer seulement chaque lot dans sa valeur totale, indépendamment de sa double composition paternelle ou maternelle, pour ne percevoir le droit de soulte que sur sa plus-value d'ensemble comme s'il ne comprenait que des effets d'une même origine vis-à-vis des autres lots également appréciés uniquement ?

Si l'opération est dépourvue de toute conjonctivité, l'affirmative n'est pas douteuse, car il s'agit de deux actes juridiques distincts. Si fâcheux que soit ce résultat, des soultes sont révélées dans les deux sens par la répartition si elle est inégale. Mais dès que le partage d'ascendant a le caractère conjonctif, on ne peut absolument pas le désarticuler ainsi pour la perception d'un droit d'enregistrement, pas plus qu'on ne le peut en droit civil, sans le dénaturer complètement (cf. n° 71 *supra*). Il en est d'autant plus ainsi qu'il y a lieu toujours d'imputer les soultes de la manière la plus favorable aux parties (instruction 342), ce qui consiste d'abord à n'en pas imaginer là où celles-ci n'en ont certainement pas vues. Le fisc a faculté de dévoiler les combinaisons malicieuses des redevables qui veulent escamoter un droit légitimement dû, mais non de supposer leurs intentions dans son intérêt. L'idée indubitable des ascendants en imprimant le caractère conjonctif à la répartition de deux successions est de la régler en une seule fois. Si la distribution est inégale entre les enfants, cette inégalité est compensée, ou mieux est causée juridiquement, par une inégalité complémentaire dans la distribution de l'autre succession (cf. *supra*, n° 66 et 83). Il n'a jamais été dans l'intention des parties que la plus-value de la portion paternelle d'un lot soit rétablie par une soulte puisqu'elle est compensée par une infériorité dans l'attribution des biens maternels. La Régie est mal fondée à percevoir un double droit de soulte sur la supériorité et l'infériorité à la fois

puisqu'elles s'éteignent, se neutralisent, ou mieux s'anéantisissent *ab ovo*. Cette analyse n'est pas mise en doute pour le partage d'ascendant conjonctif fait par les deux époux eux-mêmes sur lequel jamais aucun receveur n'a eu des velléités de réclamer des droits de soulte. Pourquoi en serait-il différemment du même acte lorsqu'il est fait par un seul des époux sur les deux mêmes successions ? Du reste, les droits fiscaux sont perçus d'après la nature des actes et non d'après l'origine des biens y compris. Un partage où tous les lots sont égaux ne saurait par définition être frappé d'un droit de soulte, quelle que soit l'origine des effets qui le composent (1).

Nous ne prendrions même pas la peine de préciser la chose si un auteur ne s'était alarmé du danger qu'offre de ce point de vue le partage d'ascendant conjonctif fait par le survivant (2), danger qu'il a cru découvrir dans une ancienne solution du 4 août 1840 (3). Cette solution dit simplement que le partage de la succession du prémourant « sera considéré abstraction faite des biens donnés ; il formera à l'égard des copartageants un partage entre cohéritiers et devra être régi par les mêmes règles que les partages de succession ». Le contexte en indique à suffire qu'il s'agit d'appliquer à la distribution des biens du prédécédé, si elle y donne lieu, le droit de soulte qui, à cette époque, n'était pas applicable aux donations-partages, mais non de la considérer abstractivement pour percevoir le droit de soulte sur chacune de ses inégalités corrigées par le partage du patrimoine du survivant.

Ce soi-disant danger serait d'ailleurs, s'il existait, commun au partage d'ascendant conjonctif des deux époux comme à celui du seul survivant, et non spécial au dernier, comme l'a cru M. Chauvin.

335. — Il découle de la combinaison de ces deux principes, que, d'une part, la soulte est imputée de la manière la plus favorable aux parties, et d'autre part, que le droit de soulte ne se cumule pas avec le droit de partage, cette conséquence que, dans le partage d'ascendant conjonctif fait par le sur-

(1) Wahl, *Traité de droit fiscal*, t. I, 1902, n° 563.

(2) Chauvin, thèse Poitiers 1910, pages 79 à 109, nos 22 à 30 inclus.

(3) J. N. 1841, 10.909, page 151, D. P. 1841, 3, 455 et 456.

vivant, la soulte s'impute sur la portion composée de biens provenant de la succession du prémourant dans le lot à charge duquel elle est mise. Une telle imputation de la soulte supprime pour le montant de celle-ci la perception du droit de partage, tandis que son imputation sur la portion de biens provenant en nature du survivant n'empêche pas la perception du droit de donation. La première manière est donc la plus favorable aux parties. Par exemple, un enfant reçoit dans son lot un immeuble de 5.000 francs provenant du survivant et un autre immeuble de 7.000 francs provenant du prédécédé, à charge de payer une soulte de 5.000 francs à l'un de ses copartageants. L'imputation de la soulte sur la portion provenant du survivant donateur entraîne les droits suivants : droit de donation sur 5.000 à 2,50 % par hypothèse (1) = 125 francs ; droit de partage sur 7.000 à 0,50 % = 35 francs ; et droit de soulte immobilière à 15 % sur 5.000 = 750 francs ; ensemble : 910 francs. L'imputation sur la portion du prémourant ne change ni le droit de soulte, ni celui de donation, mais réduit de 5.000 les effets frappés du droit de partage : soit un ensemble de 885 francs et un bénéfice de 25 francs.

336. — L'imputation sur les biens venant du prémourant pour les soustraire au droit de partage n'est cependant pas toujours possible. Et d'abord, la conjonctivité peut aboutir à ce que le lot grevé de la soulte ne comprenne que des biens d'un seul patrimoine, ce qui supprime le problème. Mais surtout, les règles du calcul du droit de soulte pour obtenir le taux proportionnel le moins élevé empêchent souvent l'imputation sur les effets déjà indivis. Il en est ainsi chaque fois que la nature des biens mis au lot du chef du survivant appelle un tarif de soulte plus bas que ceux qui y sont mis du chef du prémourant. Eclairons par un exemple cette formule abstraite : Si le lot ne comprend comme effets ayant appartenus au prémourant que des immeubles, alors qu'il comprend des créances, ou des objets mobiliers ou des titres de rente sur l'Etat ayant appartenus au survivant, l'imputation de la soulte sur les biens du prémourant la fait considérer comme le

(1) Comme dans la plupart des exemples de ce titre, le calcul des doubles décimes est supprimé pour ne pas compliquer les chiffres sans changer en rien les principes.

prix d'un immeuble et la soumet au taux de 15 % sans décimes ; tandis que l'imputation sur les rentes sur l'Etat la dispense de tout droit, l'imputation sur les créances la soumet au taux de 1 %, actuellement majoré de cinq décimes, et sur les objets mobiliers à celui de 5,50 % avec doubles décimes en sus. L'imputation sur les immeubles est ainsi la plus lourde pour les parties, pour qui il vaut mieux payer le droit de partage à 0,50 % avec doubles décimes sur les immeubles provenant du prémourant que le droit de soulte à 15 %. Or, il est évident que si on impute la soulte sur les rentes, créances ou objets mobiliers donnés par le survivant pour établir le taux du droit de soulte, on ne saurait les imputer en même temps sur les effets provenant en nature du prémourant pour esquiver le droit de partage sur ces biens (1).

337. — Chaque fois que les reprises de la veuve commune absorbent l'actif entier de communauté, la succession du mari ne paie aucun droit de mutation par décès du chef d'une communauté qui, pour elle, est négative. Si, plus tard, l'ascendante comprend ses reprises dans le partage d'ascendant conjonctif, elles s'éteignent par confusion sur la tête des enfants saisis de l'actif commun par le décès de leur père et débiteurs comme lui de la créance de leur mère. Le droit de donation n'est alors perçu que sur moitié des reprises de la mère, et c'est le droit de mutation par décès qui est dû sur l'autre moitié considérée comme valeur de communauté rentrant dans l'hérédité du mari (2).

338. — Quand la veuve donne ainsi ses reprises grevant les propres du mari défunt, le droit de partage n'est perçu sur ces derniers, qui ont déjà acquitté le droit de mutation par décès, que déduction faite de la créance de reprises qui les grève. Les reprises de la mère sont frappées du droit de donation-partage (3). Il y aurait cumul de ce droit avec celui de partage à percevoir le second sur ceux des biens paternels qui supportaient les reprises, quoiqu'elles s'éteignent par

(1) Solution du 16 novembre 1899, R. E. 2583. Maguéro, V<sup>o</sup> Partage d'ascendant, n<sup>o</sup> 195. Dalloz, Rép. Prat., V<sup>o</sup> Enregistrement, n<sup>o</sup> 1657.

(2) Solution du 10 juillet 1893, Indre.

(3) Montélimar, 31 mars 1909, R. E. 4849.



confusion sur la tête des enfants donataires qui en étaient débiteurs. A l'inverse et par les mêmes motifs, si le partage d'ascendant conjonctif émane du mari survivant débiteur des reprises, le droit de donation n'est dû sur ses propres que pour ce qui dépasse la créance de la mère défunte, donc des enfants. Si le père abandonne 10.000 francs de biens à lui propres, grevés d'une créance de reprises de 6.000, il ne donne en réalité aux enfants que 4.000, le surplus étant transmis en paiement de leur créance. Du reste, la déclaration de succession de la mère a nécessairement mentionné sa créance de reprises, à peine d'être incomplète ; les droits de mutation par décès ont été perçus sur cette créance ; percevoir aujourd'hui le droit de donation-partage sur son paiement, c'est cumuler les droits de mutation entre vifs et par décès.

---

## CHAPITRE II

### **Compréhension des reprises de la femme commune dans le partage d'ascendant conjonctif des deux époux**

---

339. — Il s'agit de savoir d'une part si le droit de donation est dû sur la transmission de la créance de reprises, et d'autre part si les soultes s'imputent sur cette créance.

Les reprises de la femme commune sont garanties par les biens de communauté et à défaut par ceux du mari. Dans le premier cas, elles ne constituent que les éléments d'un compte, la femme étant copropriétaire de l'actif et prélevant à titre de propriétaire les biens qui le composent pour le paiement de ses reprises. Dans le second cas, au contraire, la valeur des reprises qui dépasse celle de l'actif commun constitue un droit de créance, la femme ne s'attribuant les propres du mari pour le surplus de son paiement qu'à titre de créancière et non de propriétaire. Appliquant cette analyse du droit civil au droit fiscal, l'Enregistrement ne perçoit rien sur les reprises qui ne grèvent que les acquêts ; ces derniers seuls sont frappés

du droit de donation (1). Mais il perçoit le droit de donation-partage sur toute la valeur des reprises de la femme qui dépasse celle de l'actif de communauté, en plus et distinctement du même droit perçu sur les propres du mari, qui en sont le gage et qui sont transmis en même temps qu'elles aux enfants (2). Ce qui explique la solution du n° 338 *supra* : après dissolution de la communauté, les reprises transmises aux enfants ne sont que celles qui grèvent les propres du mari et non celles qui, grevant l'actif de communauté, se confondent avec lui ; ces dernières n'étant pas soumises au droit de donation distinctement des acquêts ne peuvent dispenser du droit de partage sur la portion de ces acquêts venant du mari défunt, c'est-à-dire la moitié de ce qui dépasse le montant des reprises féminines.

Telle est la solution. Elle est juste en ce qui concerne les reprises dont le montant n'est pas supérieur à l'actif de communauté. Mais pour ce qui le dépasse, nous verrons successivement son iniquité pratique, son fondement juridique et le moyen d'éviter la perception.

340. — Le système de l'Enregistrement aboutit à percevoir le droit de donation-partage à 2.50, 4.50 ou 6.50 % deux fois sur la même valeur. L'exemple suivant le démontre. Deux époux transmettent à leurs enfants, le mari un immeuble à lui propre d'une valeur de 10.000 et la femme sa créance de reprises actuelles s'élevant à la même somme ; le droit de donation est perçu sur 20.000, alors que les enfants ne s'enrichissent que de 10.000, et ne reçoivent que les biens de leur père dégrevés de la créance de leur mère. L'émolument effectif des donataires serait le même, mais le droit ne serait payé que sur 10.000, si l'immeuble dépendait au contraire de la communauté, ou si, bien que propre du mari, la femme n'avait aucune reprise à exercer.

341. — L'Administration fonde sa perception sur l'argument suivant. La remise de dette consentie *animo donandi* donne

(1) Solution, 5 mai 1900. R. E. 2418. Maguéro, V° Partage d'ascendant, n° 329.

(2) Poitiers, 25 novembre 1904. D. P. 1907, 2, 51. R. E. 3792, aff. Champdavoine. Autun, 23 décembre 1908, R. E. 4853.

ouverture au droit de mutation à titre gratuit, qu'elle soit consentie directement par le créancier au débiteur lui-même, ou à un tiers qui reçoit en même temps du débiteur avec le gage de la dette la charge de la payer. La confusion qui s'opère en ce second cas sur la tête du tiers ne se produit que parce qu'il y a mutation en sa faveur de la créance ; si cette mutation n'avait pas lieu, le tiers devrait payer la dette ; il s'enrichit donc d'autant par la libéralité. Le droit de donation est certainement dû, ajoute une décision (1), lorsqu'il y a au profit d'un même individu « vente par Jean d'un immeuble et donation par Pierre d'une créance hypothéquée sur ledit immeuble ». De même pour les enfants donataires de leurs parents dont l'un est créancier de l'autre. La libéralité du père n'entraîne pas comme un accessoire nécessaire celle de la mère, que celle-ci pourrait ne pas consentir. Il y a deux donations différentes, émanant de deux propriétaires différents, et chacune d'elles est passible du droit (2). Peu importe que les biens donnés par le père soient grevés de dettes ; on ne déduit les dettes que pour les mutations par décès.

Sans doute, si, par hypothèse, puisque c'est impossible au cours de la communauté, le mari cédait l'immeuble à sa femme en paiement de ses reprises et que celle-ci ne consentît qu'ensuite la libéralité aux enfants, c'est en sa personne que s'opérerait la confusion ; il n'y aurait transmission que du seul immeuble et du chef de la mère seule. Mais quand les époux transmettent immeubles et reprises avant la remise des uns en paiement des autres, c'est en la personne des enfants que s'opère la confusion ; la mère leur transmet seulement les éléments nécessaires à cette confusion et c'est ce qui constitue sa libéralité.

Cette manière d'envisager la donation des reprises est unanimement admise aujourd'hui (3).

342. — La Régie ne nous semble cependant fondée à percevoir, lors du partage d'ascendant conjonctif que le droit

(1) Trib. Auch, 9 avril 1845, D. P. 45, 4, 224. Aff. Mothe.

(2) Trib., Saint-Palais, 17 avril 1886. J. G. S. V<sup>o</sup> Enregistrem., n<sup>o</sup> 2073. Aff. Lopé-Irigoyemborde.

(3) Maguéro, V<sup>o</sup> Partage d'ascendant n<sup>o</sup> 329. Garnier, Rep. Gén. V<sup>o</sup> Donation, n<sup>o</sup> 458. Note signée E. L. au D. P., 1907, 2, 51, sous Poitiers, 24 novembre 1904, Aff. Champdavoine précitée.

fixe de donation éventuelle, dont le taux actuellement en vigueur est de 56 fr. 20. Le droit proportionnel de donation sur le montant des reprises transmises par l'ascendant n'est exigible qu'à la dissolution de la communauté, lorsque la balance du compte des époux s'arrêtant indique le solde définitif des reprises de la femme. Auparavant et tant que dure la communauté, celles-ci ne sont que les éléments d'un compte susceptibles d'être annulés par des éléments en sens contraire. Leur abandon n'est donc qu'éventuel pendant le mariage, puisque la prétendue créance sur laquelle elles portent peut ne jamais prendre de consistance (1).

343. — Les parties à qui l'Enregistrement réclame le droit de donation sur les reprises ne doivent s'en prendre qu'à elles-mêmes, ou plutôt au notaire rédacteur de leur acte instrumentaire. Dans le cas d'abord où les deux époux n'effectuent leur abandon qu'après dissolution de leur communauté par séparation de biens principale ou accessoire, il n'est, pour éviter cette perception, que de procéder au prélèvement des reprises avant de procéder au partage d'ascendant conjonctif. La femme ne donne alors que les immeubles du mari à elle attribués en paiement et l'acte perd peut-être son caractère conjonctif. Dans le cas au contraire où la communauté n'est pas dissoute lors du partage d'ascendant conjonctif, le fisc, pour percevoir le droit de donation sur les reprises, ne peut se baser que sur une mention de l'acte indiquant que la femme en fait donation, d'elles ou de l'immeuble du mari jusqu'à concurrence de leur montant. La perception de l'impôt exige même une liquidation des reprises. Or, cette liquidation, comme toute clause relative aux reprises au cours de la communauté, ne porte que sur les éléments actuels du compte de la femme commune. Cette clause est inutile et surabondante puisqu'en droit civil le même résultat est obtenu en son absence et que la confection du partage d'ascendant conjonctif éteint *ipso facto* toutes récompenses ou reprises entre les époux, dont la cause est antérieure à sa passation (n<sup>os</sup> 240 et 242). Or, c'est elle seule qui motive la perception du droit de donation sur les reprises.

(1) Maguéro. V<sup>o</sup> Partage d'ascendant, n<sup>o</sup> 269 en note et R. E. 2005.



Si l'acte est muet, le receveur ne peut soupçonner que les ascendants transmettent, en même temps que les biens qui composent matériellement leurs patrimoines, les créances mutuelles qu'ils se doivent au sujet de ces biens. C'est en affirmant l'existence actuelle des reprises que les parties justifient la perception, car l'Administration n'est pas juge.

344. — Le *Journal des Notaires* (1) conseille pour éviter la perception du droit de donation sur les reprises tout en les mentionnant dans le partage d'ascendant conjonctif un procédé approuvé par M. Chauvin (2). Les biens propres du père sont donnés expressément par la mère elle-même jusqu'à concurrence d'une valeur égale à l'excédent de reprises de cette dernière les grevant, et par le père pour le surplus. De la sorte la donation par la mère des biens du père engendre une créance du mari contre sa femme, qui se compense avec celle de reprises qui a le même montant.

Ce procédé a été écarté par un arrêt (3) avec juste raison parce qu'il ne peut y avoir compensation immédiate de la créance de reprises avec la dette de récompense. La compensation n'a pas lieu entre dettes ni liquides, ni exigibles, ce qui est le cas au moins pour la récompense, ne naissant qu'à la dissolution de la communauté, et probablement aussi pour la créance de reprises qui, tant que dure la communauté, n'est qu'un élément de compte. En outre, seules les choses de même nature se compensent entre elles. Or, d'après la Jurisprudence de la cour de Cassation, l'époux qui donne moyennant indemnité l'immeuble de son conjoint est donateur de l'immeuble lui-même et non de l'indemnité (4) ; la femme est ainsi donatrice de la portion d'immeubles du mari qui représente ses reprises quand elle stipule une récompense formelle, parce qu'elle est censée avoir acheté cette portion avant de la transmettre ; elle ne peut donc compenser un immeuble avec sa créance de reprises.

345. — La perception du droit de donation-partage est ainsi inévitable sur les reprises de la femme commune quand les

(1) 1893, *Dissertation pratique*, n° 25021, page 65.

(2) Thèse Poitiers 1910, précitée.

(3) Aff. Champdavoine, précitée, Poitiers, 28 nov. 1904. D. P. 1907, 2, 52.

(4) Civ. 14 janvier 1856. D. P., 56, 1, 67.

parties stipulent leur compréhension dans la libéralité et pour tout ce qui dépasse en elles la valeur des acquêts pour frapper les propres du mari.

Il a toujours été supposé jusqu'ici que la mère donnait littéralement ses reprises. Or, elle a licence d'y renoncer seulement en faveur des donataires. Cette autre manière de procéder s'applique également aux récompenses dues au mari. Il ne s'agit plus alors de cumul des reprises ou récompenses avec les biens propres des conjoints, ni du mari, ni de la femme, mais avec les seuls effets communs. L'Administration prétend qu'il y a libéralité dans cette renonciation ni plus ni moins que dans une donation véritable et directe ; elle perçoit le droit de donation chaque fois que le montant des reprises ou récompenses dépasse celui de l'actif de communauté, puisque celles-ci deviennent alors, suivant sa doctrine, des valeurs réelles distinctes. Pour percevoir ses droits, le receveur est obligé de demander sur ce point une déclaration aux parties quant à la valeur des éléments du compte des époux et de la communauté au jour de l'acte (1).

346. — Après avoir perçu le droit de donation sur les reprises, la Régie refuse d'en tenir compte quand il existe des soultes et qu'il y a lieu de les imputer. L'imputation des soultes sur les reprises de la femme est en effet souvent la plus douce aux redevables, puisque la soulte considérée comme le prix d'une créance n'est soumise qu'au tarif de 1 % en principal, actuellement majoré de cinq décimes.

Ce refus, qui paraît d'abord d'un illogisme et d'une fiscalité intolérables, a pour motif que les reprises, après qu'elles ont été transmises à titre gratuit par la mère distinctement des immeubles du mari qu'elles grevaient, s'éteignent par confusion sur la tête des enfants donataires ; celui qui est chargé d'une soulte ne peut donc l'imputer sur la portion mise en son lot des reprises éteintes, mais seulement sur les valeurs effectives et matérielles. Telle est la théorie actuelle de l'Enregistrement (2). Les tribunaux sont nettement partagés à ce sujet. Récemment encore l'un d'eux a décidé que les

(1) Maguéro. V<sup>o</sup> Partage d'ascendant, n<sup>o</sup> 328.

(2) Solut. 29 novembre 1894. R. E. 1271. J.-E. 24, 469. R. P. G., 8494. S., 95, 2, 319. Solut. 29 mai 1895. J. E. 24, 954.

reprises devaient être considérées comme valeurs réelles aussi bien pour l'imputation des soultes que pour la perception du droit de donation, estimant inadmissible de leur reconnaître tantôt un caractère et tantôt le caractère opposé pour motiver deux perceptions différentes (1). C'est la voix du bon sens. Mais l'autre solution est fortement motivée en droit. La cour de Cassation n'a été appelée à se prononcer qu'une seule fois, mais dans une espèce telle qu'elle n'a pu trancher la question en principe : les parties avaient stipulé expressément l'extinction des reprises par confusion (2). La question reste donc entière, en dépit de l'affirmation contraire de Maguéro (3).

347. — Par application du même principe et par suite de la stipulation expresse des parties, la soulte ne s'impute pas sur les récompenses dues à la succession du père par sa veuve, quand celle-ci fait le partage d'ascendant conjonctif sous la condition d'être libérée de ces récompenses ; il est évident qu'elles s'éteignent alors avant le partage (4). Mais du moins aucun droit de mutation n'est dû par les enfants qui en font remise à leur mère.

348. — Le motif qui empêche l'imputation de la soulte sur les reprises de la mère révèle qu'elle doit se faire chaque fois que la transmission des reprises ne les éteint pas. Ce qui a lieu notamment si la jouissance viagère en est réservée. Elles tombent bien alors dans le patrimoine des enfants mais ne peuvent s'y confondre avec les propres paternels, puisque ce n'est que leur nue propriété qui est transmise (5). On voit ainsi l'utilité qu'a la réserve intégrale d'usufruit sur les biens compris au partage d'ascendant conjonctif. La Régie conserve le droit de prouver, s'il y a lieu, le caractère frauduleux de la réserve d'usufruit, notamment si les ascendants ou l'un d'eux, après avoir stipulé cette réserve, en font remise aux enfants.

(1) Marjevols, 17 novembre 1911, R. E. 5514. Aff. Toudut.

(2) Civ. 27 mars 1905, D. P. 07, 4, 39. S., 06, 4, 242. R. E. 3826. Aff. Odde de la Tour du Villard.

(3) V. Partage d'ascendant, n° 272 *in fine*.

(4) Aubusson, 30 janvier 1908, R. E. 4777.

(5) Pontoise 14 décembre 1891, J. E. 23, 849. Toulouse, 25 juillet 1908, R. E. 4848.

349. — On a vu que les reprises ne sont ni censées valeurs distinctes ni soumises au droit de donation en tant que leur montant est inférieur à l'actif de communauté. Il va de soi qu'alors elles ne sont pas non plus prises en considération pour l'imputation des soultes. Cette règle du moins n'a rien de déconcertant (1).

---

### CHAPITRE III

#### Enfants nés de différents lits

---

350. — La distribution par deux époux de leurs successions personnelles et de leur actif de communauté entre des enfants qui ne sont pas tous communs ne présente jamais le caractère d'un partage d'ascendant conjonctif qu'à l'égard des enfants communs qui y sont compris, et à condition même qu'ils soient plusieurs si ce sont les propres qui sont confondus sans distinction d'origine. Cette analyse n'est relative qu'au droit civil. En droit fiscal, peu importe le caractère pur de l'institution ; il s'agit de savoir si, en dépit de sa nature hybride, cet acte ne bénéficie pas, au moins en partie et dans certains cas, du tarif de la donation-partage. Ce dernier est en effet un tarif réduit par rapport au droit de donation ordinaire, et surtout au droit de donation entre étrangers applicable à la libéralité d'un ascendant aux descendants unilatéraux de son conjoint.

Le principe directeur en cette matière est que l'administration de l'Enregistrement, plus large en cela que le droit civil, voit un partage d'ascendant, donc un acte bénéficiant du tarif réduit, dans toute disposition dont le but et l'effet sont d'*éviter une indivision ultérieure* entre les enfants donataires. Il faut, bien entendu, que cette indivision soit nécessairement appelée à se produire, et non qu'elle soit créée artificiellement dans l'acte par les ascendants.

(1) Solution, 5 mai 1900. R. E. 2418.



On groupera toujours sous les noms d'enfants communs et d'enfants unilatéraux non seulement les descendants du sang, légitimes, légitimés ou naturels, mais les descendants adoptifs de l'un des époux ou de tous deux.

351. — Il est unanimement admis que le tarif réduit n'est pas applicable à l'acte qualifié partage anticipé où les époux divisent sans distinction d'origine les propres de chacun d'eux entre l'enfant unique du mari et celui de la femme ; chaque donataire en ce cas possède des droits distincts et la confusion faite par les ascendants n'est qu'artificielle. Le tarif réduit reprend son empire si la même distribution est faite entre quatre enfants ou plus, deux enfants unilatéraux au moins de chaque ascendant, parce qu'entre ces enfants deux par deux elle a pour effet d'éviter une indivision future certaine. Le tarif réduit n'est applicable qu'en partie au cas où l'un des époux a plusieurs descendants et l'autre un seul, notamment si cet enfant unique est né du mariage actuel. La répartition de ses propres par celui qui n'a qu'un enfant ne peut, en dépit de la confusion d'origine, être qu'une libéralité ordinaire et reste soumise au droit de donation normal. Ces solutions ne font pas de difficultés.

352. — Il en est différemment si les ascendants, au lieu de répartir leurs propres, répartissent les biens de leur communauté ; il y a controverse, en bien des cas du moins. Supposons d'abord que chaque époux n'ait qu'un enfant unique sans enfants communs. Les uns (1) prétendent qu'il y a dévolution au profit de deux successibles, que l'acte a bien pour effets de prévenir les difficultés entre copartageants, et qu'il doit bénéficier du tarif réduit. D'autres (2) soutiennent que le droit de donation-partage suppose une disposition qui évite l'indivision d'une succession et non celle d'une masse quelconque. C'est en ce sens que statue la Jurisprudence (3). L'Enregistrement adopte naturellement lui aussi ce point de vue plus fiscal (4). Et c'est l'opinion qui semble la plus juridique ;

(1) Garnier, Rép. Gén. V<sup>o</sup> Partage d'ascendant, n<sup>os</sup> 32, 34. Championnière et Rigaud, t. VI, n<sup>o</sup> 559. Fuzier-Herman. V<sup>o</sup> Partage d'ascendant, n<sup>o</sup> 717.

(2) Maguéro. V<sup>o</sup> Partage d'ascendant, n<sup>o</sup> 146. Dalloz, Rép. prat. éod. V<sup>o</sup> n<sup>o</sup> 207,

(3) La Rochelle, 4 février 1869. R. P. E. 3022.

(4) Solution du 3 novembre 1898. R. P. 4576.

les articles 1075 et suivants du Code civil ne visent certainement que la répartition anticipée entre des personnes qui ont entre elles des rapports de cohéritiers, et non celle d'une indivision quelconque. Le partage de la communauté n'est donc un partage d'ascendant que s'il est fait entre plusieurs enfants d'un même époux, parce qu'il est en même temps pour eux le partage d'un émolument devant entrer dans une succession appelée à être indivise entre eux. Autrement, l'opération s'analyse en réalité en un partage par moitié non entre des cohéritiers, mais entre les patrimoines des deux conjoints représentés chacun par un héritier unique (1).

353. — Par application du même principe, l'acte est soumis au tarif de donation ordinaire pour une partie et au tarif réduit pour l'autre s'il distribue les biens de communauté entre d'une part l'enfant unique unilatéral d'un époux et, d'autre part, plusieurs enfants de son conjoint, nés par conséquent tous par hypothèse d'un autre mariage que le mariage actuel (2). Et si l'enfant unique de l'ascendant est issu de son union actuelle et qu'il soit donc commun aux époux, la distribution de l'actif de communauté doit être passible du droit de donation ordinaire pour la moitié provenant du conjoint qui n'a qu'un enfant et du tarif réduit pour l'autre, car c'est seulement pour cette seconde moitié qu'elle évite une indivision ultérieure entre les demi-frères ou demi-sœurs. Cette solution logique n'a cependant triomphé que récemment et d'une manière assez curieuse. Un bref historique sur ce point ne manque pas d'intérêt.

354. — Depuis 1846 jusqu'en 1920, l'acte envisagé bénéficiait du tarif réduit pour le tout. Cette solution, largement libérale mais complètement dépourvue de sens et de fondement juridiques, était admise non seulement par l'Administration de l'Enregistrement (3), mais par la Doctrine (4) et

(1) Trib. Vitry-le-François, 6 janvier 1847. D. P., 47, 3, 207. R. E. 14244. J. N. 13166. Aff. Marguet, motifs.

(2) Trib. Vitry-le-François précité, Aff. Marguet.

(3) Sol. 15 mai 1846. J. E. 14122. Sol. 17 décembre 1892. R. E. 668. J. E. 24732. D. P. 96, 5, 253.

(4) Championnière et Rigaud, t. VI, n° 559. Maguéro, V° Partage d'ascendant, nos 143 et 144.

la Jurisprudence (1). Qu'on prenne garde à ce propos à une erreur commise par Maguéro quand il cite le jugement précité de Vitry-le-François, affaire Marguet, comme contraire au système suivi à l'époque par l'Enregistrement : dans l'espèce, l'enfant unique d'un époux n'était pas un enfant commun mais un enfant unilatéral.

La loi de finances du 31 décembre 1917, en relevant le droit de donation-partage jusqu'alors uniforme, établit pour lui un triple taux suivant le nombre des enfants : 2,50, 4,50 ou 6,50 %, ne prévoyant évidemment pas le taux applicable à un enfant unique, ce qui eût été une absurdité puisque par définition une donation-partage doit avoir au moins deux bénéficiaires ; elle ne vise que le cas de donation-partage faite à plusieurs enfants nés d'un enfant unique. Les receveurs ne savaient plus alors quel taux percevoir sur ce qui, dans la libéralité, s'adressait à l'enfant unique et était fictivement considéré comme un partage d'ascendant contre tout bon sens. Et c'est cette impossibilité d'adapter pratiquement son ancien système au nouvel état législatif qui a obligé l'Administration à revenir à une plus saine appréciation juridique.

Une solution officielle du 27 mai 1920 (2) faisant suite à une réponse officieuse de la *Revue de l'enregistrement* 7494, et confirmée par une réponse du Ministre des Finances à une question écrite (3) n'accorde le tarif de faveur au partage d'ascendant passé dans les conditions plus haut précisées que pour la portion de communauté transmise du chef de l'époux qui a plusieurs enfants unilatéraux, et applique le droit de donation ordinaire à 9,50 % en principal, avec doubles décimes en sus actuellement, à l'autre portion transmise à l'enfant unique.

355. — Avant la loi du 31 décembre 1917, l'Administration admettait aussi (4) le tarif réduit sur la totalité de l'acte distribuant les biens de communauté entre un enfant unilatéral d'un époux et son enfant né du mariage actuel. Quoique aucune solution nouvelle ne soit encore intervenue sur ce point, il

(1) Château-Thierry, 18 avril 1846, J. E. 14122, J. N. 12819, D. P., 47, 4, 222.

(2) Instruction 3755, parag. 20 R. E. 7691.

(3) Du 1<sup>er</sup> juin 1922, R. E. 7635.

(4) Solut. 21 février 1890, J. E. 23771.

est certain que cette perception libérale n'est pas davantage fondée en droit, et qu'elle doit disparaître sous l'empire de la législation actuelle.

356. — Signalons, en passant seulement, puisque l'acte ne peut être un partage d'ascendant conjonctif, que le tarif réduit est applicable à la distribution de l'actif de communauté entre plusieurs enfants unilatéraux du mari ; il l'est même pour la totalité de la libéralité d'après certains (1), à l'exclusion de la perception de tout droit de donation entre étrangers pour la part revenant à la femme, parce que celle-ci est censée n'intervenir à la libéralité que comme garante pour sa validité sans intention libérale propre. Cette interprétation systématique peut cependant n'être pas conforme à la réalité. Aussi ne l'approuvons-nous qu'avec d'extrêmes réserves, et conseillons-nous plutôt (n° 188) au conjoint de l'auteur des enfants, en l'espèce la femme, d'adopter les donataires avant de consentir l'acte, qui devient alors un véritable partage d'ascendant conjonctif pleinement régulier et certainement soumis pour le tout au tarif réduit.

---

## CHAPITRE IV

### Clause d'imputation

---

357. — C'est encore un problème relatif au domaine du tarif réduit, dont le but est donc d'examiner le caractère véritable de l'acte qualifié partage d'ascendant.

En droit civil, la clause imputant sur la succession du pré-mourant la libéralité faite avec répartition au profit des enfants communs est parfaitement valable (n°s 31 à 33). Mais l'Enregistrement lui conteste sa compatibilité avec le caractère de partage anticipé et astreint l'acte qui la contient au droit

(1) Maguéro, V° Partage d'ascendant n° 145.



de donation ordinaire. Il prétend que le but du partage anticipé, qui est le règlement définitif d'une hoirie, n'est atteint ni pour la succession du prémourant qui devra récompenser la communauté ou le conjoint survivant, pour avoir donné de son chef personnel les biens leur appartenant, ni pour celle du survivant puisqu'on ne sait s'il y aura lieu de la liquider ou non.

358. — Après avoir admis sans réserve cette théorie, la cour de Cassation et les tribunaux adoptent aujourd'hui une autre jurisprudence, qui semble définitive. Ils distinguent suivant que la clause d'imputation oblige ou non au rapport réel à la succession du prémourant des effets compris à l'acte. Si le rapport réel est nécessaire, c'est-à-dire si les descendants sont tenus de remettre effectivement au décès du prémourant les biens donnés ou leur équivalent dans la masse héréditaire, ce qui requiert un nouveau partage, la clause est incompatible avec la nature du partage anticipé et caractérise la donation ordinaire en avancement d'hoirie (1) : en droit fiscal, le tarif réduit est inapplicable. Si elle n'oblige pas au rapport ou si elle n'oblige qu'à un rapport fictif (2), elle est conciliable avec le caractère de partage anticipé, donc avec le bénéfice du tarif réduit. L'existence d'une récompense due par la succession du prémourant à la communauté ou au survivant ne nécessite pas un nouveau partage ; la situation des donataires copartagés reste définitive (3).

Cette solution est généralement approuvée (4). Mais la question n'est pas tranchée en principe, et pour la clause d'imputation prise d'une manière générale. Le tribunal, et même, comme en toute matière d'enregistrement, la cour de Cassation, conservent le pouvoir d'apprécier souverainement en fait dans chaque espèce si telle clause d'imputation oblige ou non au rapport.

359. — Il ne suffit pas que la clause stipule un rapport en

(1) Civ. 7 mars 1876. D. P. 76, 1, 310. Instr. 2546, parag. 9, aff. Matisse, Quimper, 8 août 1900. D. P. 1902, 5, 308. Rép. Per. Enreg. 10138, aff. Le Goff.  
(2) Orthez, 10 décembre 1901, D. P. 1902, 5, 309. Rep. Per. Enreg. 10139, aff. Latour.

(3) Reims, 1<sup>er</sup> février 1873. D. P., 74, 5, 218, aff. Moine. Civ., 6 mai 1879, D. P. 79, 1, 241, S., 79, 1, 429, aff. Dubois.

(4) Maguéro, V<sup>o</sup> Partage d'ascendant, nos 187 à 191. Chauvin, thèse, Poitiers 1910, n<sup>o</sup> 49, p. 151. De Ridder, thèse, Paris, 1889, p. 227 et suiv.

valeur ; les donataires, qu'ils soient astreints à rapporter la chose elle-même ou son équivalent, restent aussi bien soumis à une éventualité que juridiquement le partage anticipé ne saurait comporter (1). Il est prudent d'ajouter, pour clairement manifester la pure fictivité du rapport, que les donataires viendront en ce qui concerne les biens donnés avec des droits égaux aux successions de leur père et de leur mère.

---

## CHAPITRE V

### **Droit de retour légal et conventionnel**

---

360. — L'Enregistrement n'accepte pas l'application de la notion de conjonctivité aux droits de retour légal, de réversion et de révocation (n<sup>os</sup> 268 et suiv.). Il décide à propos de la succession anormale que si le lot de l'enfant mort sans postérité comprend des biens de l'ascendant bénéficiaire pour une quantité en nature supérieure à la participation de cet ascendant à la formation de la masse générale de partage, le retour porte sur toute cette portion en nature. Et si le lot comprend en nature de ses biens dans une proportion inférieure à la fiction conjonctive, l'ascendant n'est fondé à reprendre qu'eux, sans plus.

Or, le droit de succession ordinaire, applicable à la succession anormale, n'est dû que sur les biens soumis légitimement selon l'appréciation de la Régie au droit de retour. Si l'ascendant en reprend d'autres, ce n'est, d'après elle, qu'à titre de libéralité de la part des héritiers de l'enfant mort sans postérité. Elle perçoit donc le droit de donation sur tout ce qui dépasse les biens mis en nature par l'ascendant lui-même et de son chef dans le lot soumis au retour. Cette solution est inadmissible ; car les effets de la conjonctivité doivent s'appliquer au partage d'ascendant conjonctif considéré comme

(1) Rapport du conseiller Paul Pont, aff. Dubois, précitée. Civ., 6 mai 1879.

donation aussi bien en droit fiscal et par les mêmes motifs qu'en droit civil. Cependant, tant que l'Enregistrement n'aura pas changé d'opinion, si on suppose le lot sujet au retour composé de biens maternels seulement, le père devra payer pour reprendre la portion de ce lot correspondant à sa contribution effective à l'ensemble de la libéralité, au lieu du droit de mutation par décès, le droit de donation en ligne directe ascendante, c'est-à-dire actuellement 9,50 % en principal avec doubles décimes, qui est de beaucoup supérieur au premier, sauf pour les fractions de part nette dépassant un million de francs.

---

## CONCLUSION

---

361. — Plutôt que d'examiner le partage d'ascendant conjonctif par un parallèle continu entre lui et le partage d'ascendant en général dont il constitue une variété, on a préféré, non seulement en essayer une étude autonome, mais ébaucher celle-ci par synthèse (n° 10). Au lieu de se borner à isoler, pour constater leur existence et apprécier leur bien-fondé, les différences qu'ont pu dégager jusqu'à présent les auteurs et les arrêts entre le partage d'ascendant conjonctif et le partage anticipé ordinaire, on a recherché par déduction quelles elles doivent être étant donnée la notion de conjonctivité, en prenant pour point de départ, après l'avoir analysé et approfondi, ce caractère primordial et foncier du partage d'ascendant conjonctif, qui crée son individualité propre : l'indivisibilité absolue en lui du partage de deux successions. C'est maintenant le moment d'établir le bénéfice de cette méthode.

En ce qui concerne l'impossibilité de scinder, quant à la recevabilité des actions de l'article 1079 du Code civil, quant au point de départ de leur prescription, quant au moment à partir duquel la ratification est opposable comme fin de non-recevoir, et quant à l'estimation des biens, l'acte juridique unique qui partage deux hoiries en une seule fois, ce bénéfice est insignifiant. Notre méthode n'a rien ajouté aux données jusqu'alors admises, sinon que l'indivisibilité se heurte parfois, mais d'une manière provisoire, au caractère d'ordre public des règles sur la réserve.

C'est sur un autre point que le résultat qu'elle a permis d'acquérir est important. Quand il y a lieu d'envisager le partage d'ascendant conjonctif en tant que libéralité, il est indispensable, du moins en certains cas, de l'apprécier séparément du chef de chaque auteur. C'est alors qu'en s'inspirant



d'un esprit de synthèse et d'un souci de cohésion de notre institution, on a pu exclure définitivement de celle-ci toute prise en considération de l'origine paternelle ou maternelle des biens répartis. On a pu poser en principe que chaque descendant reçoit dans l'une et dans l'autre des successions confondues une part égale à celle de ses codonataires et que chaque ascendant est donateur envers chaque enfant d'une égale quotité de ses biens personnels, en dépit d'une attribution matérielle non conforme de ceux-ci. Dès que la conjonctivité est constatée, on fait abstraction de toute question de provenance réelle des effets distribués, et on n'applique plus qu'une fiction en vertu de laquelle on considère chaque époux comme constituant de chaque lot pour une fraction rigoureusement proportionnelle à la part qu'il prend à l'ensemble de la libéralité. C'est dans l'idée de cause qu'on a trouvé ce principe général. Le transposant dans le domaine spécial et particulier des droits de révocation, de retour légal et de retour conventionnel, nous avons abouti en ce qui les concerne à des conséquences pleinement logiques en théorie et satisfaisantes en fait, qui par ailleurs se coordonnent parfaitement entre elles en un système homogène.

En pratique, la conclusion que nous avons dégagée a cet appréciable mérite de supprimer tout aléa dans les droits de révocation, de réversion et de succession anormale, suivant la composition en nature de celui des lots qui en est l'objet. Peu importe que ce lot ait reçu matériellement plus ou moins de biens de l'une et de l'autre hoirie que les autres lots, et cela d'un double point de vue. Les droits de chaque ascendant d'abord, lorsque ceux-ci sont tous deux en concours, se correspondent strictement quel que soit le lot envisagé. D'autre part l'ascendant bénéficie d'une reprise dont l'étendue est uniforme indépendamment de l'attribution effective de ses biens personnels à ce lot. Ce qui assure une identique sanction contre tous les donataires en ce qui concerne spécialement la révocation. Solution bien plus satisfaisante juridiquement que la solution bâtarde à laquelle s'en tiennent encore les auteurs et les arrêts, faute d'être dirigés par une idée maîtresse (nos 267, 268 et 269).

362. — La conception objective du partage d'ascendant

conjonctif a d'autre part élargi son domaine d'application en réduisant à un rôle purement théorique en matière de partage anticipé la prohibition de l'article 968 du Code civil. On pourra désormais contourner celle-ci en généralisant la solution d'un arrêt récent de la cour de Cassation qui permet, contrairement à l'assertion de la Doctrine, ou du moins à celle qui était la sienne jusqu'à ces temps derniers, d'effectuer au moyen du procédé testamentaire, mais sans user d'un testament conjonctif, la distribution de tous les biens familiaux.

363. — Enfin, on a reculé l'obstacle qu'apporte à la réalisation du partage d'ascendant conjonctif l'incapacité des parties, d'un double point de vue suivant que leur rôle est celui de donateur ou celui de bénéficiaire. On a accueilli la possibilité, malgré l'interdiction d'un des époux, du partage anticipé universel, donc du partage d'ascendant conjonctif s'ils sont mariés sous un régime de communauté. C'est empêcher ainsi les enfants de l'interdit de souffrir dans leur fortune et dans leur situation de l'état mental d'un de leurs parents. Sensible amélioration, juridique et sociale à la fois. Et sur le terrain non plus à proprement parler juridique, mais technique, on a reconnu au survivant des époux un moyen de distribuer la fortune familiale dans son ensemble, soit par donation entre vifs, soit par testament, sans se laisser arrêter par l'incapacité des descendants.

En éludant dans ces derniers cas la nécessité du partage en justice, on réalise une importante économie de frais, et on évite les lenteurs et les complications inhérentes aux formalités judiciaires. En outre, en bien des cas, on peut conserver les biens dans la famille, au lieu d'être obligé de les vendre aux enchères et de les voir passer à des tiers.

364. — Depuis assez longtemps des réformes législatives sont en chantier en ce qui touche le partage d'ascendant conjonctif, mais aucune n'a jusqu'à présent réussi.

La Chambre des Députés a adopté sans débats à sa séance du 18 mars 1910 une proposition de loi qui, transmise au Sénat le 24 mars suivant, y a été l'objet d'un premier rapport puis

d'un rapport supplémentaire par M. Lébert, les 23 mai 1913 (1) et 6 juillet 1914 (2).

Cette proposition ajoute d'abord un paragraphe additionnel à l'article 1097 du Code civil. Le texte, préparé par la Commission de la réforme judiciaire et de la législation civile et criminelle, est ainsi conçu : « Néanmoins cette interdiction « sera inapplicable aux partages d'ascendants dans lesquels les « donateurs stipulent à leur profit et au profit du survivant « d'eux soit un usufruit, soit une rente viagère, soit des presta- « tions en nature. Dans ce cas, les avantages de survie pourront « être réversibles, irréductibles et irrévocables. » La commission du Sénat a modifié la dernière phrase : « Dans ce cas, les « avantages de survie *seront irréductibles et irrévocables.* »

L'aboutissement de cette réforme est au plus haut point souhaitable. Ainsi qu'on l'a signalé (n<sup>o</sup> 7 et 37), elle assurera au partage d'ascendant conjonctif un énorme surcroît de pratique, en permettant à ses auteurs d'obtenir toute sécurité sur une clause pratiquement indispensable à leur abandon universel.

La même proposition réduit la durée décennale de recevabilité pour l'action de l'article 1079 du Code civil. Le texte initial (3) la fixait à deux ans comme en matière de lésion dans la vente et modifiait la solution jurisprudentielle quant à son point de départ : l'action biennale aurait commencé à se prescrire en cas de rescision pour lésion du jour de la donation-partage ou, si le partage était testamentaire, du jour du décès de chaque auteur, même si le partage présentait le caractère conjonctif. En cas d'atteinte à la réserve, l'action aurait été recevable aussi à partir de chaque décès, quelle que fût la forme de l'acte, entre vifs ou testamentaire. Ce projet a été modifié et le délai, maintenu à deux ans pour l'acte entre vifs, a été porté à cinq ans pour le partage testamentaire, dont les parties ne connaissent les dispositions qu'au décès du *de cujus*.

La réduction du délai de l'action à deux ou cinq ans sera une heureuse réforme, qui combinera l'intérêt social de la

(1) *J. Off. docum. parlementaires du Sénat*, 1913, pages 999 et suiv.

(2) Cf. Simonin, de la réforme des partages d'ascendant, thèse Dijon, 1926, pages 99 à 113.

(3) Note de M. Giraud au *Bullet. Soc. Etudes Législat.*, 1906, pages 146 à 149.

sûreté des transactions avec l'intérêt individuel de chaque cohéritier. Elle garantira plus vite aux tiers une entière tranquillité quant à leurs contrats passés avec les enfants copartagés sur les biens répartis. Elle assurera aussi plus rapidement la paix des familles en entraînant une prompte disparition de toutes menaces de discordes entre les héritiers, alors que le délai biennal est bien suffisant pour leur permettre de formuler leurs doléances.

Mais la proposition était mal inspirée quant à notre institution sur la modification du point de départ de l'action et de la prescription. La dualité des dates allait à l'encontre de l'indivisibilité conjonctive. Elle tendait à apprécier séparément chaque succession dans le partage unique, donc à détruire son économie et à violer l'intention des parties (n<sup>os</sup> 285 et suiv.).

La commission du Sénat a réformé le texte de la Chambre et le nouvel article 1080 qu'elle propose se termine ainsi : « L'action ne peut être introduite qu'après le décès de l'ascendant qui a fait le partage ou du survivant des ascendants s'ils ont fait ensemble le partage de leurs biens confondus dans une même masse. » A noter que ce texte proposé consacrerait dans le Code civil une place officielle au partage d'ascendant conjonctif, qui s'y trouvera expressément visé.

Cette disposition est satisfaisante. Elle confirme la solution jurisprudentielle. D'autre part, elle supprime les deux exceptions qui s'imposaient pour le cas de prétérition d'enfant et pour l'action en complément de la réserve dans la seule succession du prémourant. En effet, les textes nouveaux combinés des articles 1079 et 1080 proposés parlent expressément de la réserve et portent par conséquent dérogation formelle au caractère d'ordre public des règles qui la concernent. Or, c'est ce principe d'ordre public, en l'absence d'un texte législatif contraire, qui nous avait conduit à ces exceptions.

Un autre projet déposé par M. le Ministre de la Justice sur le bureau du Sénat le 19 octobre 1922 reprend simplement d'une manière succincte la réduction à deux et cinq ans de la durée de l'action, mais est muet sur la fixation du point de départ de ce délai en cas de pluralité d'ascendants.

365. — En résumé, la méthode de synthèse, parce que seule



elle pouvait donner son plein essor à une conception de la conjonctivité qui soit objective, donc plus large et plus précise à la fois, a cet avantage d'avoir permis, non pas certes de découvrir et créer l'institution du partage d'ascendant conjonctif, mais d'en circonscrire plus nettement le domaine, de la développer normalement, de lui imprimer de l'homogénéité et de la cohésion en même temps que plus d'ampleur, et de lui constituer une originalité.

L'étude approfondie de l'état actuel du droit a conduit à dégager des solutions qui constituent des progrès juridiques et techniques, tandis que les réformes législatives entraîneront plutôt des progrès sociaux. La consécration des unes par la Doctrine et la Jurisprudence, l'adoption des autres par le Parlement modifieront peu la physionomie du partage d'ascendant conjonctif. Leur effet sera plutôt de le rendre d'un mécanisme plus facile, de lui faire mériter plus de confiance et offrir plus de garantie, par conséquent d'en accroître dans de notables proportions la pratique. Or, il n'y a que peu d'inconvénients à supprimer, soit juridiques, soit techniques, dans l'institution telle qu'on l'a examinée. Ce qui est souhaitable, c'est seulement qu'elle devienne plus fréquente, parce que seule elle remplace les partages réitérés et distincts des deux successions du père et de la mère, parce que seule elle évite le double morcellement, autrement inévitable, et qui s'effectue précisément en l'absence de qui en faciliteraient le règlement : les parents eux-mêmes. Le partage d'ascendant conjonctif est ainsi le procédé qui atténue le plus complètement qu'il soit possible la fâcheuse nécessité du partage de la fortune familiale.

Vu : *Le Président :*

Le 12 janvier 1928

J. HÉMARD.

Vu : *Le Doyen :*

H. BERTHÉLEMY.

Vu et permis d'imprimer :

*Le Recteur de l'Académie de Paris :*

CHARLÉTY.



# TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

|                            | Pages |
|----------------------------|-------|
| INDEX BIBLIOGRAPHIQUE..... | III   |

## INTRODUCTION

|                                                                                                                                                                                                                          |   |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|
| N <sup>os</sup> 1 à 10 .....                                                                                                                                                                                             | 4 |
| Présentation de l'institution et aperçu dans la Doctrine et la Jurisprudence, n <sup>os</sup> 1 et 2. — Historique dans l'ancien droit, n <sup>os</sup> 3 à 6. — Evolution depuis le Code civil, n <sup>os</sup> 7 à 10. |   |

## LIVRE PREMIER

### Validité, notion et domaine d'application du partage d'ascendant conjonctif

#### NOTIONS PRÉLIMINAIRES

|                                                                                                                                                                                                                                                                    |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| N <sup>os</sup> 11 à 14 .....                                                                                                                                                                                                                                      | 15 |
| Possibilité pour plusieurs ascendants de se réunir en un seul partage anticipé, n <sup>o</sup> 11. — Répercussion de la dualité d'auteurs sur le fond de l'acte, n <sup>o</sup> 12. — Terminologie, n <sup>o</sup> 13. — Limitation de l'étude, n <sup>o</sup> 14. |    |

#### TITRE PREMIER

##### VALIDITÉ ET DESCRIPTION

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| N <sup>os</sup> 15 à 55.....                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 19 |
| CHAPITRE I. <i>Validité de la disposition elle-même</i> , n <sup>os</sup> 15 à 28 .....                                                                                                                                                                                                                           | 19 |
| Validité de la donation conjointe des biens dont chaque époux a la libre disposition exclusive, n <sup>o</sup> 15. — Nullité de la donation conjointe des biens dotaux, n <sup>o</sup> 16. — Validité de la donation conjointe des biens de communauté, n <sup>o</sup> 16. — Discussion, n <sup>os</sup> 18 à 27. |    |
| CHAPITRE II. <i>Examen des clauses accessoires</i> , n <sup>os</sup> 29 à 55.....                                                                                                                                                                                                                                 | 34 |
| Section I. Clause de libre jouissance, n <sup>o</sup> 30.                                                                                                                                                                                                                                                         |    |
| Section II. Clause d'imputation, n <sup>os</sup> 31 à 33.                                                                                                                                                                                                                                                         |    |
| Section III. Clauses de réversibilité, n <sup>os</sup> 34 à 55.                                                                                                                                                                                                                                                   |    |
| § 1. Domaine de la nullité des clauses de réversibilité, n <sup>os</sup> 39 à 44.                                                                                                                                                                                                                                 |    |
| § 2. Conséquences de cette nullité, n <sup>os</sup> 45 à 52.                                                                                                                                                                                                                                                      |    |
| § 3. Moyens pratiques d'y remédier, n <sup>os</sup> 53 à 55.                                                                                                                                                                                                                                                      |    |

## TITRE II

### LA NOTION DE CONJONCTIVITÉ

|                                                                                                                                                                                                         | Pages |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| N <sup>os</sup> 56 à 87.....                                                                                                                                                                            | 54    |
| CHAPITRE I. <i>Conception de la conjonctivité fondée sur l'indivisibilité de l'acte</i> , n <sup>os</sup> 56 à 62.....                                                                                  | 54    |
| Deux sortes de conjonctivité, n <sup>o</sup> 58. — Possibilité pour la conjonctivité d'être partielle, n <sup>o</sup> 60. — La fongibilité, n <sup>os</sup> 64 et 62.                                   |       |
| CHAPITRE II. <i>Discrimination de la conjonctivité</i> , n <sup>os</sup> 63 à 70.....                                                                                                                   | 60    |
| Critère de la conjonctivité, n <sup>os</sup> 64 à 67. — Contre-épreuve, critère de la divisibilité, n <sup>os</sup> 68 à 70.                                                                            |       |
| CHAPITRE III. <i>Analyse de la conjonctivité</i> , n <sup>os</sup> 71 à 85.....                                                                                                                         | 66    |
| Section I. Énoncé d'une théorie de la conjonctivité, n <sup>os</sup> 71 à 76.<br>— Rejet de la fiction de l'article 1438 Code civil, n <sup>o</sup> 73. — Fiction conjonctive, n <sup>os</sup> 74 à 76. |       |
| Section II. Rejet d'une théorie refusant d'appliquer la conjonctivité au partage anticipé en tant que libéralité, n <sup>os</sup> 77 à 85.                                                              |       |
| CHAPITRE IV. <i>Domaine de la conjonctivité</i> , n <sup>os</sup> 86 et 87.....                                                                                                                         | 80    |

## TITRE III

### DIVERSES VARIÉTÉS DU PARTAGE D'ASCENDANT CONJONCTIF

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| N <sup>os</sup> 88 à 147.....                                                                                                                                                                                                                                                                           | 83  |
| CHAPITRE I. <i>Compatibilité de la conjonctivité avec l'unité d'auteurs</i> , n <sup>os</sup> 89 à 127.....                                                                                                                                                                                             | 84  |
| Section I. Donation-partage du mari, n <sup>os</sup> 90 à 97.                                                                                                                                                                                                                                           |     |
| Section II. Donation-partage du survivant, n <sup>os</sup> 98 à 113.                                                                                                                                                                                                                                    |     |
| § 1. La question de validité, n <sup>os</sup> 100 à 106.                                                                                                                                                                                                                                                |     |
| § 2. Étude de l'acte lui-même, n <sup>os</sup> 107 à 113.                                                                                                                                                                                                                                               |     |
| Section III. Partage conjonctif testamentaire effectué par un seul époux, n <sup>os</sup> 114 à 127.                                                                                                                                                                                                    |     |
| § 1. Le survivant, n <sup>os</sup> 114 à 123. — Nullité de son acte, n <sup>os</sup> 114 à 116. — Efficacité pratique grâce à une clause pénale, n <sup>os</sup> 117 à 123.                                                                                                                             |     |
| § 2. Le prémourant, n <sup>os</sup> 124 à 127.                                                                                                                                                                                                                                                          |     |
| CHAPITRE II. <i>Compatibilité de la conjonctivité avec la dualité d'actes instrumentaires</i> , n <sup>os</sup> 128 à 147.....                                                                                                                                                                          | 114 |
| Section I. Efficacité du partage conjonctif testamentaire effectué par les deux époux, n <sup>os</sup> 131 à 138.                                                                                                                                                                                       |     |
| Section II. Examen critique du partage conjonctif testamentaire effectué par les deux époux, n <sup>os</sup> 139 à 147. — Son indivisibilité, n <sup>o</sup> 139. — Son efficacité, n <sup>o</sup> 140. — Difficultés qu'il soulève, n <sup>os</sup> 141 à 144. — Avantages, n <sup>os</sup> 145 à 147. |     |



## TITRE IV

### RÔLE, EMPLOI ET AVANTAGES DU PARTAGE D'ASCENDANT CONJONCTIF

|                                                                                                            | Pages |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| N <sup>os</sup> 148 à 157 .....                                                                            | 131   |
| Définition, n <sup>os</sup> 148 et 149. — Rôle, n <sup>o</sup> 150. — Emploi effectif, n <sup>o</sup> 151. |       |
| Avantages, n <sup>os</sup> 152 à 156.                                                                      |       |

## LIVRE II

### Conditions d'existence et de validité du partage d'ascendant conjonctif

#### PRÉAMBULE

|                                 |     |
|---------------------------------|-----|
| N <sup>os</sup> 148 à 159 ..... | 139 |
|---------------------------------|-----|

## TITRE PREMIER

### CONDITIONS RELATIVES AUX PARTIES

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| N <sup>os</sup> 160 à 194 .....                                                                                                                                                                                                                                                                     | 144 |
| CHAPITRE I. <i>Conditions requises des ascendants</i> . n <sup>os</sup> 160 à 175 .....                                                                                                                                                                                                             | 144 |
| <i>Section I.</i> Capacité, n <sup>os</sup> 160 à 166.                                                                                                                                                                                                                                              |     |
| <i>Section II.</i> Statut matrimonial des ascendants, n <sup>os</sup> 167 à 175.                                                                                                                                                                                                                    |     |
| § 1. Le droit d'option, n <sup>o</sup> 167.                                                                                                                                                                                                                                                         |     |
| § 2. Les clauses spéciales insérées au contrat de mariage,<br>n <sup>os</sup> 168 à 175.                                                                                                                                                                                                            |     |
| CHAPITRE II. <i>Conditions requises des bénéficiaires</i> , n <sup>os</sup> 176 à 194 .....                                                                                                                                                                                                         | 153 |
| Impossibilité pour l'acte d'être un partage d'ascendant conjonctif<br>au regard des enfants unilatéraux, n <sup>os</sup> 178 à 180. — Nécessité<br>de la pluralité des descendants communs pour que l'acte soit un<br>partage d'ascendant conjonctif sur les propres des époux, n <sup>o</sup> 181. |     |
| <i>Section I.</i> Partage d'ascendant conjonctif effectué sur la commu-<br>nauté avant l'option de la femme. Sa nullité, n <sup>os</sup> 183 à 190.                                                                                                                                                 |     |
| <i>Section II.</i> Partage d'ascendant conjonctif effectué sur la commu-<br>nauté après l'option de la femme. Sa validité à l'égard des en-<br>fants communs, n <sup>os</sup> 191 à 194.                                                                                                            |     |

## TITRE II

### CONDITIONS RELATIVES A LA TECHNIQUE DE L'ACTE

|                                                                                                                                                      |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| N <sup>os</sup> 195 à 223 .....                                                                                                                      | 168 |
| CHAPITRE I. <i>Acceptation alternative au nom des mineurs</i> , n <sup>os</sup> 195 à 198.                                                           | 168 |
| CHAPITRE II. <i>Conditions requises par l'incapacité des descendants<br/>pour la donation-partage du survivant</i> , n <sup>os</sup> 199 à 205 ..... | 171 |

|                                                                                                                                                              | Pages |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| CHAPITRE III. <i>Conditions d'efficacité du testament-partage global du survivant requises par l'incapacité des descendants</i> , n <sup>os</sup> 206 à 208. | 179   |
| CHAPITRE IV. <i>Conditions techniques des testaments distincts et similaires opérant partage conjonctif par les deux époux</i> , n <sup>os</sup> 209 à 211.  | 181   |
| CHAPITRE V. <i>Conditions auxquelles le partage d'ascendant conjonctif opère établissement des descendants</i> , n <sup>os</sup> 212 à 220.....              | 184   |
| CHAPITRE VI. <i>Conditions de régularité nécessitées par l'interdiction d'un époux</i> , n <sup>os</sup> 221 à 223 .....                                     | 192   |

## LIVRE III

### Effets du partage d'ascendant conjonctif

#### TITRE PREMIER

##### EFFETS VIS-A-VIS DES ÉPOUX DONATEURS

|                                                                                                                                    |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| N <sup>os</sup> 224 à 280.....                                                                                                     | 195 |
| CHAPITRE I. <i>Perte pour la femme de sa faculté de répudier la communauté</i> , n <sup>os</sup> 224 à 228.....                    | 195 |
| CHAPITRE II. <i>Effets vis-à-vis de la femme renonçante</i> , n <sup>o</sup> 229.....                                              | 197 |
| CHAPITRE III. <i>Effets sur les rapports pécuniaires des époux</i> , n <sup>os</sup> 230 à 250.....                                | 198 |
| <i>Section I. Récompenses dues par le fait du partage d'ascendant conjonctif</i> , n <sup>os</sup> 231 à 233.                      |     |
| <i>Section II. Sort des récompenses dont la cause est étrangère au partage d'ascendant conjonctif</i> , n <sup>os</sup> 234 à 244. |     |
| § 1. <i>Influence du partage d'ascendant conjonctif réalisé après dissolution de la communauté</i> , n <sup>os</sup> 235 à 240.    |     |
| § 2. <i>Influence du partage d'ascendant conjonctif réalisé au cours de la communauté</i> , n <sup>os</sup> 241 à 244.             |     |
| <i>Section III. Liquidation de la communauté</i> , n <sup>os</sup> 245 à 250.                                                      |     |
| CHAPITRE IV. <i>Effets sur les garanties de la femme</i> , n <sup>o</sup> 251.....                                                 | 211 |
| CHAPITRE V. <i>Effets sur la révocation et le droit de retour</i> , n <sup>os</sup> 252 à 280.....                                 | 212 |
| <i>Section I. Effets du partage d'ascendant conjonctif quant au droit d'en demander la révocation</i> , n <sup>os</sup> 253 à 258. |     |
| <i>Section II. Portée de la révocation et du droit de retour</i> , n <sup>os</sup> 259 à 272.                                      |     |
| § 1. <i>Validité de la clause prévoyant le cas</i> , n <sup>os</sup> 260 à 264.                                                    |     |
| § 2. <i>Interprétation du partage d'ascendant conjonctif</i> , n <sup>os</sup> 265 à 272.                                          |     |
| <i>Section III. Qualité des biens objets de la reprise</i> , n <sup>os</sup> 273 à 280.                                            |     |

## TITRE II

### EFFETS VIS-A-VIS DES DESCENDANTS

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Pages |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| N <sup>os</sup> 281 à 324 .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 236   |
| CHAPITRE I. <i>Droit des donataires de demander la liquidation de la communauté</i> , n <sup>os</sup> 281 et 282 .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 236   |
| CHAPITRE II. <i>Recevabilité des actions de l'article 1079 Code civil</i> , n <sup>os</sup> 283 à 317 .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 237   |
| <i>Section I.</i> Solution de principe, n <sup>os</sup> 284 à 291.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |       |
| <i>Section II.</i> Examen critique, n <sup>os</sup> 292 à 299.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |       |
| <i>Section III.</i> Exceptions au principe de l'unité de point de départ au décès du survivant, n <sup>os</sup> 300 à 317. — Intention maligne, n <sup>o</sup> 300. — Compatibilité des exceptions avec l'indivisibilité du partage d'ascendant conjonctif, n <sup>o</sup> 301. — Action en complément de la réserve, n <sup>os</sup> 302 à 308. — Préterition d'enfant, n <sup>os</sup> 309 à 311. — Action en réduction des renonçants à la quotité disponible, n <sup>os</sup> 312 et 313. — Actions des enfants unilatéraux. n <sup>o</sup> 314. — Actions des enfants du chef du prédécédé, n <sup>o</sup> 315. — Tableau récapitulatif, n <sup>o</sup> 317. |       |
| CHAPITRE III. <i>Date d'estimation des biens</i> , n <sup>os</sup> 318 à 324 .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 263   |
| Unité d'estimation au décès du survivant, n <sup>os</sup> 318 à 320. — Répercussion sur ce principe d'unité de l'exception relative à la recevabilité de l'action du réservataire, n <sup>os</sup> 321 et 322.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |       |

## TITRE III

### EFFETS VIS-A-VIS DES TIERS

|                                 |     |
|---------------------------------|-----|
| N <sup>os</sup> 325 à 330 ..... | 268 |
|---------------------------------|-----|

## TITRE IV

### EFFETS AU REGARD DU FISC

|                                                                                                                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| N <sup>os</sup> 331 à 360 .....                                                                                                                                        | 272 |
| CHAPITRE I. <i>Partage d'ascendant conjonctif du survivant</i> , n <sup>os</sup> 332 à 338.                                                                            | 273 |
| CHAPITRE II. <i>Compréhension des reprises de la femme commune dans le partage d'ascendant conjonctif des deux époux</i> , n <sup>os</sup> 339 à 349.                  | 279 |
| Perception du droit de donation sur la transmission des reprises, n <sup>os</sup> 339 à 345. — Non-imputation des soultes sur les reprises, n <sup>os</sup> 346 à 349. |     |
| CHAPITRE III. <i>Enfants nés de différents lits</i> , n <sup>os</sup> 350 à 356 .....                                                                                  | 286 |
| CHAPITRE IV. <i>Clause d'imputation</i> , n <sup>os</sup> 357 à 359 .....                                                                                              | 290 |
| CHAPITRE V. <i>Droit de retour légal et conventionnel</i> , n <sup>o</sup> 360 .....                                                                                   | 292 |

CONCLUSION

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Page |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| N <sup>os</sup> 361 à 365 .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 294  |
| Bénéfice de la méthode de synthèse, n <sup>os</sup> 361 à 363. — Projets de réformes législatives, n <sup>o</sup> 364. — Seule une plus grande pratique du partage d'ascendant conjonctif est à souhaiter, sans progrès autres que ceux qui résulteraient de nos conclusions et des projets de réformes législatives à l'étude, n <sup>o</sup> 365. |      |

---



## TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

---

- Acceptation bénéficiaire, nos 113, 204, 208.  
Adoption, nos 177, 188, 356.  
Avocat, nos 99, 161, 166.  
Biens réservés, nos 13, 41, 92, 93, 129, 167, 218.  
Bourbonnais, nos 3-4°.  
Bourgogne, n° 3-3°, 101.  
Bretagne, n° 3-5°.  
Clause pénale, nos 105, 116 à 122, 126, 132, 135, 137, 141, 201, 206, 208 à 214, 248, 261, 309.  
Codicille, nos 141, 209.  
Condition potestative, nos 18, 20, 174, 185 à 190.  
Contrat de mariage, nos 40, 43, 52, 168 à 175.  
Coquille (Guy), n° 3.  
Coutumes, nos 3, 101.  
Crainte révérencielle, nos 106, 299.  
Cultivateur, n° 151.  
Définition du partage d'ascendant conjonctif, nos 148, 149.  
Divorce, nos 166, 191 à 193, 226 et note, 248, 255, 278, 343.  
Don manuel, nos 54, 127, 143, 151.  
Douai, nos 3-4°.  
Droit belge, nos 40, 50, 80, 138.  
Droit fiscal, nos 52, 54, 55, 146, 156, 188, 331 à 360.  
Dumoulin, n° 3.  
Duret, nos 3, 6.  
Effet déclaratif du partage, nos 110, 112, 266.  
Fiction conjonctive, nos 59, 74 à 85, 112, 244, 247, 252, 265, 268, 328, 361.  
Fongibilité, nos 61 et 62.  
Forfait de communauté, nos 168 à 175.  
Historique, n° 3.  
Homologation du tribunal, nos 165, 204, 207 et 208, 218, 221.  
Hypothèque légale, nos 150, 251, 327.  
Immutabilité des conventions matrimoniales, nos 40, 57, 169, 234, 241, 249, 250, 251, 274, 275.  
Institution contractuelle, nos 170, 260.  
Interdiction judiciaire ou légale, nos 164 et 165, 206, 218, 221 à 223, 363.  
Liquidation de la communauté, nos 99, 156, 235, 245 à 250, 279, 281 et 282, 287, 307, 309, 313.  
Nivernais, n° 3-2°.  
Notaire, nos 2, 49, 67, 146, 343.

Option de la femme, nos 18, 20, 94, 96, 136, 167, 172, 174 et 175, 183 à 193, 224 à 228, 270.

Origine du partage d'ascendant conjonctif, n° 3, dernier alinéa.

Pacte sur succession future, nos 40, 96, 97, 127, 143, 170, 211, 250, 260, 264, 279, 282, 286, 308, 312.

Partage provisionnel à l'égard de l'incapable, 199 à 208.

Partage provisionnel de la communauté, nos 23, 89, 128, 129, 165.

Préterition d'enfant, nos 302, 309 à 311, 364.

Récompense, nos 44-2°, 156, 231 à 244, 251, 276.

Régime dotal, nos 16, 58, 83, 147, 205, 212, 215, 218, 277, 315.

Reprises, nos 156, 231 à 244, 251, 337 à 349.

Réversibilité, nos 7, 34 à 55, 364.

Soulte, nos 278, 333 à 336, 346 à 349.

Terminologie, nos 13, 87.

Tuteur *ad hoc*, nos 195, 198, 222, 223.

Valeurs de bourse, nos 54, 62, 151,





